

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

La filiación y la fecundación "in vitro"

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIVIL

MEMORIA
para optar al grado de Doctor
con el título:
"LA FILIACION Y LA FECUNDACION <IN VITRO>"
por la Licenciada MARICRUZ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS
dirigida por el Dr. D. Xavier O'Callaghan

Madrid, 1991

A mi marido y
a mis hijos

SUMARIO

- Abreviaturas
- Glosario
- Introducción
 - 1.- Planteamiento
 - 2.- Concepto de fecundación <in vitro>
 - 3.- Evolución de la fecundación <in vitro>
 - 4.- Descripción de la técnica
 - 5.- Significado de la fecundación <in vitro>
 - 6.- Informes y proposiciones de Ley sobre fecundación <in vitro>

Capítulo Primero: Antecedentes de la Tramitación de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida

- 1.- Formación de la Comisión
- 2.- Iter Parlamentario
- 3.- Proposición de Ley presentada por el G. Socialista en el Congreso de los Diputados y las enmiendas propuestas por los distintos Grupos políticos referente a la filiación
- 4.- Tramitación en el Senado
- 5.- Cronología de la tramitación de la Proposición de Ley
- 6.- Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida

Capítulo Segundo : Usuarias de las técnicas

- 1.- Fecundación <in vitro> ¿procedimiento terapéutico o medio alternativo de reproducción?
- 2.- Derecho a la procreación
- 3.- Usuarias de las técnicas

Capítulo Tercero : El "llamado" donante

- 1.- Ideas generales
- 2.- Naturaleza jurídica de lo donado
- 3.- Características del acto de disposición
- 4.- Anonimato del "llamado" donante y derecho del nacido por estas técnicas a conocer su origen genético e identidad de su progenitor

Capítulo Cuarto: La filiación de los hijos nacidos por estas técnicas

- 1.- Ideas generales
- 2.- Determinación de la paternidad y maternidad
- 3.- Filiación de los hijos nacidos por FIVTE según sea:
 - FIVTE con gametos de la pareja
 - FIVTE con donante de gametos
 - FIVTE en mujer sola
 - FIVTE con donación de óvulos
 - FIVTE con donación de embrión
- 4.- Límite al principio de la verdad biológica en la determinación de la filiación cuando el nacimiento se ha producido por una FIVTE con donante

- 5.- Acciones de filiación
- 6.- Efectos jurídicos de la filiación

Capítulo Quinto: Fecundación *post mortem*

- 1.- Concepto
- 2.- Permisividad o rechazo de la fecundación *post mortem*
- 3.- Reclamación de semen o de embriones congelados
- 4.- Filiación de los hijos nacidos por fecundación *post mortem*
- 5.- Efectos de la filiación *post mortem*

Capítulo Sexto: La maternidad subrogada

- 1.- Ideas generales
 - 2.- Definición
 - 3.- Naturaleza jurídica del contrato de subrogación
 - 4.- Filiación de los hijos nacidos por maternidad subrogada
-
- Conclusiones
 - Bibliografía
 - Índice

ABREVIATURAS

A.C	: Actualidad Civil
ADN	: ácido desoxirribonucleico
ARN	: ácido ribonucleico
A.D.C	: Anuario de derecho Civil
B.G.B	: Bürgerliches Gesetzbuch
BICAM	: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
B.I.M.J	: Boletín de Información del Ministerio de Justicia
B.O.C	: Boletín Oficial de las Cortes
B.O.E	: Boletín Oficial del Estado
CAHBI	: Comité ad-hoc de expertos sobre el progreso de las Ciencias Biomédicas
CAHGE	: Comité ad-hoc de expertos de ingeniería genética
C.C	: Código civil
C.E	: Constitución española
C.E.C.O.S	: Centro de estudio de conservación de esperma (Centres d'étude et de Conservation du Sperme)
D. chron	: Recueil Dalloz. Chronique
D.G.R.N	: Dirección General de los Registros y del Notariado
F.I.D.A	: Federación internacional de abogadas
FIV	: fecundación <in vitro>
FIVTE	: fecundación <in vitro> con transferencia de embriones
GIFT	: transferencia intratubárica de gametos
I.A	: inseminación artificial
I.A.D	: inseminación artificial con semen de donante
L.R.C	: Ley del Registro Civil
L.T.R.A	: Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida
R.D.P	: Revista de Derecho Privado
R.E.V	: Revista
R.G.D	: Revista General del Derecho
R.G.L.J	: Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.R.C	: Reglamento del Registro Civil
R.T.D.C	: Revue trimestrielle de Droit Civil
Riv. Dir.Civ	: Rivista di Diritto Civile
S.O.U	: Boletín del Parlamento sueco
S.T.C	: Sentencia del Tribunal Constitucional
T.C	: Tribunal Constitucional
T.E.	: transferencia embrionaria
T.S	: Tribunal Supremo
U.P.C.M	: Publicación de la Universidad Pontificia Comillas

GLOSARIO

ADN = ácido desoxirribonucleico, material del que están formados los genes. Es decir, contienen la información hereditaria en la gran mayoría de los organismos.

ARN = ácido ribonucleico. Es un ácido nucléico que transporta señales para tareas específicas. Hay varios tipos de ARN ; entre ellos el ARN mensajero que lleva señales desde los genes a los ribosomas.

ANIDACION o IMPLANTACION = fase en la cual el blastocito se adhiere a la pared interna o mucosa del útero. Comienza al quinto o sexto día de la fecundación.

BLASTOCITO = conjunto de células que resultan de la división del cigoto en el momento de implantación en la pared uterina, etapa que sigue a la de la mórula, y en la que las células internas se disponen alrededor de una cavidad central, acumulándose otras en uno de los polos.

CELULAS REPRODUCTORAS = son los gametos. Es decir, los espermatozoides del varón y los óvulos de la mujer.

CIGOTO o ZIGOTO = es la célula diploide (con dos pronúcleos), con potencialidad para desarrollar en ser humano, producido por la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.

CLONACION = producción de individuos idénticos. Se realiza retirando el núcleo de un óvulo no fecundado y se sustituye por el núcleo de una célula sexual del organismo adulto que se quiere copiar.

CONCEPCION = fusión del óvulo y el espermatozoide.

CRIOCONSERVACION = mantenimiento de un organismo congelado.

CROMOSOMAS = material hereditario situado en el núcleo de las células somáticas que contienen los genes.

CROMOSOMAS SEXUALES = son los cromosomas que determinan el sexo y se denominan X e Y. Las mujeres tienen dos cromosomas X y los hombres un cromosoma X y otro Y.

ECOGRAFIA = técnica por la que se utilizan los ultrasonidos para visualizar los órganos sólidos y las cavidades orgánicas.

EMBRION = célula que cubre una serie de etapas, desde la formación del cigoto, hasta su transformación en feto, si llega a implantarse en el útero y desarrollarse.

EMBRION PREIMPLANTATORIO o PRE-EMBRION = producto de la fusión de gametos humanos hasta su anidación

ESPERMATOZOIDE = célula reproductora o gameto masculino producido en los testículos.

ESPINA BIFIDA = malformaciones del sistema óseo de la médula espinal.

ESTERILIDAD = incapacidad natural, definitiva e irreversible para concebir.

FECUNDACION = fusión del óvulo con el espermatozoide

FERTILIDAD = capacidad de reproducirse

GAMETO = célula reproductora o germinal. El gameto masculino se llama espermatozoide y el femenino, óvulo.

GEMELOS MONOCIGOTICOS = desdoblamiento de un mismo cigoto en dos iguales, con el mismo código genético inicial

GEN o GENE = unidad básica de la herencia, compuesta por ADN, que ocupa un lugar determinado en un cromosoma.

GENOTIPO = definición del tipo de genes de un individuo. Es decir, la información genética total contenida en los cromosomas de un organismo, y que se refiere a uno solo, a varios o a todos sus caracteres diferenciales.

GESTACION = embarazo de la mujer

HISTERECTOMIA = extirpación parcial o total del útero.

INFERTILIDAD = incapacidad para concebir, que puede ser transitoria o definitiva.

IMPLANTACION = fijación del óvulo en la mucosa uterina.

INSEMINACION ARTIFICIAL = introducción del espermatozoide en el aparato genital de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual.

LAPAROSCOPIA = procedimiento instrumental que permite visualizar el interior de la cavidad del abdomen. Se realiza a través de una pequeña apertura en la pared abdominal anterior utilizando un artificio luminoso.

MATERIAL HEREDITARIO = está constituido por el ADN y en algunos casos por el ARN

MICROCEFALIA = disminución del tamaño de la cabeza por reducción del cráneo. Se debe por lo general a una malformación cerebral congénita

MORULA = masa sólida de células semejando una mora, originada por la división celular del cigoto, y anterior a la etapa del blastocito

OVOCITO = células inmaduras del folículo ovárico que por un proceso de maduración en varias etapas van a dar lugar al óvulo maduro, con 23 cromosomas en el momento de la ovulación

OVULO = célula reproductora o gameto femenino producido en los ovarios.

QUIMERA = variaciones genotípicas que afectan sólo a las células somáticas

RIBOSOMA = pequeña partícula citoplasmática esférica que está formada por proteínas y ARN; en ellas tienen lugar las síntesis de las proteínas

SEMEN = líquido producido por los testículos que contiene en suspensión los espermatozoides

TRANSFERENCIA DE EMBRIONES = transporte de embriones producidos por FIV, desde el laboratorio al interior del útero femenino donde se implantan.

TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS = operación consistente en depositar conjuntamente los óvulos recientemente extraídos y el semen (fresco o congelado) en el interior de la ampolla de las trompas de Falopio de una mujer, en la misma recogida de óvulos, para producir la fecundación

TROMPAS DE FALOPIO = tubo muscular a lo largo del cual el óvulo se traslada desde el ovario al útero, y en el cual, es fecundado.

INTRODUCCION

1.-PLANTEAMIENTO:

Los avances y descubrimientos científicos, en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han posibilitado el desarrollo y utilización de las nuevas técnicas de reproducción humana.

Estas técnicas permiten fecundar a seres humanos, por medios distintos al coito y modificar estructuras genéticas. Afectan, por tanto, a cuestiones fundamentales del ser humano, con implicaciones éticas y jurídicas.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida se encuentran la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>. Si bien es cierto que la inseminación artificial venía desarrollándose y aplicándose desde hacía tiempo, la aparición de la fecundación <in vitro> aplicada a seres humanos es la técnica que ha logrado conmover a la opinión pública mundial, por las consecuencias que conlleva y la que ha permitido el nacimiento de miles de niños desde 1978 hasta la fecha.

La inseminación artificial es practicada desde hace siglos en plantas y, a escala más reducida, en animales. Sólo a principios de este siglo se comenzó a realizar con éxito en seres humanos, pese a que se sabe de algunos casos que se remontan a fines del siglo XVIII o principios del XIX (1). En 1920 se empieza a analizar el esperma y en la década de los 40 se instalan en Estados Unidos los bancos de semen, pero va a ser durante la guerra de Corea cuando se afiance

esta práctica. Muchas mujeres de combatientes norteamericanos van a ser inseminadas con el semen de sus maridos, lo que constituye un nuevo fenómeno que deja de ser una simple experiencia de laboratorio para pasar a ser un importante fenómeno social con repercusiones en el Derecho de familia.

La aplicación de la inseminación artificial en los seres humanos, advertía GARCIA CANTERO, subvierte totalmente las bases biológicas del Derecho Civil de filiación, según los cuales la procreación presupone la unión física entre un hombre y una mujer (2).

La inseminación artificial fue el único método que existía para ayudar a tener un hijo a las parejas donde el hombre era estéril. A fines de los años 70, aparece un nuevo método de fecundación asistida que permite solucionar los problemas de esterilidad de la mujer: la fecundación <in vitro>. Esta técnica nace como una forma de remediar los casos en que la mujer presente una lesión irreparable de las trompas que impide el transporte de los gametos y, por tanto, la fecundación. Así, en 1978 tiene lugar el primer nacimiento por fecundación <in vitro> en el Reino Unido.

Con el nacimiento de Louise Brown se consigue la fecundación de un ser humano fuera del vientre materno. Ya no se requiere la relación sexual de un hombre y una mujer para procrear; sólo se necesita que se una un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio. De este modo,

se produce la separación entre reproducción y sexualidad. Con esta técnica, la procreación deja de ser un acto íntimo entre dos personas, dando paso a la intervención de terceros: médicos, donantes, etc. Esta nueva forma de reproducción suscita preocupaciones de carácter ético porque entraña la posible creación y destrucción de embriones humanos, la anormalidad de la descendencia, el cambio de la forma natural de reproducción humana y la posibilidad de ingeniería genética en nuestra especie (3).

La inseminación artificial y la fecundación <in vitro> tienen en común que no requieren de la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos. Se diferencian en cuanto la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer; en cambio, la fecundación <in vitro> se realiza fuera del cuerpo de la mujer.

El desarrollo y ampliación del campo de aplicación de la fecundación <in vitro> en la última década es muy rápido, lo que permite introducir nuevas variantes para la solución de la esterilidad. Se recurre a la figura del dador de semen (cuando es defectuoso o no produce semen el hombre de la pareja), a la donante de óvulo (si la mujer no puede producir éstos) y a la madre sustituta (si la mujer carece de útero o tiene contraindicaciones graves para llevar a cabo el embarazo).

Otro de los logros alcanzados que tiene profundas repercusiones, es el desarrollo de las técnicas de congelación. Los primeros experimentos de crioconservación de embriones fueron realizados por el grupo australiano de Trounson en 1981. Esta técnica permite almacenar embriones durante varios meses y a veces años, con lo cual se consigue que algunos de los óvulos que se fecundan <in vitro>, en lugar de transferirse todos, sean congelados y transferidos en otras oportunidades. A su vez, esto permite la donación de embriones para otras mujeres estériles.

La congelación de semen y embriones ha permitido que un hombre pueda procrear un hijo después de muerto, dando lugar a la figura que se conoce con el nombre de fecundación *post mortem*.

De otra parte, la fecundación <in vitro> trae consigo el problema de la manipulación de embriones. Si bien desde una perspectiva positiva, esta manipulación permite la prevención de enfermedades hereditarias de origen genético, desde otro punto de vista cabe la pregunta que se hace el Dr. Conti, de la Monash University (Australia): ¿Tenemos derecho a partir en dos un embrión humano para obtener dos embriones rigurosamente iguales, uno de los cuales será estudiado -y después destruido- con el fin de controlar que el que se implantará no tenga malformaciones? (4).

Las situaciones descritas tienen profundas implicaciones éticas y jurídicas. Desde un punto de vista jurídico,

principios como el de que "la maternidad es siempre cierta" quedan en entredicho, al producirse la donación de óvulos, embriones y la práctica de las madres sustitutas. A su vez, la figura del donante y la fecundación "post mortem" plantean el problema de la determinación de la paternidad. La congelación de semen y embriones plantean problemas en la aplicación de las presunciones de paternidad establecidas en el Código Civil. Esta nueva problemática obliga a replantearse el concepto de filiación, las formas de determinación o atribución de la paternidad y maternidad y las acciones de filiación, puntos que serán analizados a lo largo de este trabajo.

2.- CONCEPTO DE FECUNDACION <IN VITRO>:

La fecundación <in vitro> (FIV) es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad. Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando esto no se ha logrado por el mecanismo natural.

Para ello es preciso:

- a) disponer de semen de un hombre, recogido previamente por masturbación,
- b) disponer de un óvulo u óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado
- c) poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación <in vitro>

se produzca.

Algunos especialistas médicos consideran que, para ser más exactos en los términos, debería hablarse de fertilización extracorpórea en vez de fecundación <in vitro>, dado que la primera implica el momento en que se fertilizó el espermatozoide con el óvulo y la segunda sería el momento de la implantación.

Cuando los embriones producidos por la FIV se llevan al interior del útero, estamos frente a la fecundación <in vitro> con transferencia de embriones (FIVTE). Estas son las dos técnicas más estudiadas y practicadas, aunque existen otras variantes como la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), la técnica de Kraft y la del lavado uterino. A lo largo de este trabajo se utilizarán una serie de palabras médico-técnicas, que se encuentran definidas en un glosario ubicado al principio de la presente memoria.

Esta técnica puede realizarse con gametos de la pareja o de donantes y la transferencia se hace en el útero de la mujer que forma parte de la pareja o en otra mujer ajena a la pareja, constituyendo lo que se ha llamado maternidad subrogada o de sustitución. La FIVTE permite varias posibilidades, según la procedencia de los gametos y de si la transferencia se realiza en el útero de la mujer o en una madre sustituta, para solucionar los problemas de esterilidad.

Posibilidades de la fecundación <in vitro>

<u>Tipo de esterilidad</u>	<u>Esperma</u>	<u>Ovulo</u>	<u>Utero</u>
1.-Madre estéril con capacidad de concebir	Padre	Madre	Madre
2.-Padre estéril.Madre con capac. de concebir	Donante	Madre	Madre
3.-Madre estéril capaz de gestar	Padre	Donante	Madre
4.- Pareja estéril.Madre capaz de gestar	Donante	Donante	Madre
5.-Madre estéril e incapaz de gestar,	Padre	Donante	Susti*
6.-Pareja estéril y madre incapaz de gestar	Donante	Donante	Susti.
7.-Pareja fértil y madre incapaz de gestar	Padre	Madre	Susti.
8.-Madre fértil e incapaz de gestar.Padre estéril	Donante	Madre	Susti.

*Susti= madre sustituta

3.- EVOLUCION DE LA FIV:

En el año 1937 un editorial del New England Journal of Medicine, titulado "Conception in a Watch glass" (5), lanzó la idea de la fecundación <in vitro> con transferencia de embriones. En 1944, ROCK y MENKIN vuelven a proponer la posibilidad de fecundar <in vitro> un óvulo y cultivarlo durante los primeros estados de su evolución (6).Solamente eran ideas, porque todavía no existía el conocimiento básico que permitiera desarrollarlas. En 1949, comenzaron los trabajos

científicos relacionados con la técnica de la FIV y de la FIVTE, cuando HAMMOND demostró la posibilidad de cultivar embriones de ratón desde el estadio de 8 células hasta blastocito (7). Casi diez años más tarde, WHITTEN confirmó el descubrimiento de HAMMOND y demostró, a su vez, que era posible desarrollar <in vitro> embriones de dos células hasta blastocitos, cuando se introducía un pequeño cambio de componentes en el medio de cultivo (8). McLAREN y BIGGERS consiguen, aplicando la técnica de WHITTEN, desarrollar blastocitos de ratón hasta ratones adultos, después de haber sido transferidos al útero de una madre adoptiva (9). En 1959, CHANG consiguió la primera fertilización <in vitro> en mamíferos: conejos (10).

Los trabajos con gametos humanos comenzaron con EDWARDS en la segunda mitad de la década de los años sesenta (11), cultivando <in vitro> ovocitos humanos. A finales de los sesenta y en la década de los setenta, en colaboración con STEPTOE, publicaron los resultados de una investigación sobre recogida de ovocitos humanos y su posterior fecundación (12). En 1976 realizaron la primera transferencia de embriones obtenidas en una probeta, consiguiendo un embarazo tubárico (13). Dos años más tarde, logran el primer nacimiento de una "niña probeta": Louise Brown, quién nace el 25 de julio en el Oldham General Hospital de Lancashire, demostrando que es posible transplantar un embrión humano después de haberlo obtenido en un cultivo de laboratorio, donde se han unido un espermatozoide y un óvulo.

Paralelamente a este grupo inglés, trabaja otro equipo australiano, perteneciente a la Monash University de Melbourne. Desde 1970, este equipo recoge óvulos en intervenciones quirúrgicas y por laparoscopia. En 1973, realizan los primeros intentos de FIV y transferencia de embriones, aunque sin éxito en los embarazos. En 1979, consiguen el primer nacimiento de una niña por FIVTE en el Royal Women's Hospital.

En Estados Unidos de Norteamérica la investigación de la fecundación <in vitro> fue muy activa a comienzos de la década del 70. Se interrumpió en el año 1975, debido a la publicación de una normativa del Departamento de Salud, Enseñanza y Beneficiencia (HEW). En dicha normativa se estableció que las proposiciones para investigar con fetos humanos y FIV en la especie humana, debían ser revisadas por los Institutos Nacionales de Salud y controlados por el Consejo Asesor de Ética Nacional (EAB). Estas disposiciones impusieron una moratoria a las investigaciones de la fecundación <in vitro> (14).

En mayo de 1979, el EAB publicó un informe favorable a la investigación de la fecundación <in vitro> humana, con transferencia o sin ella. En 1981, nace el primer niño por FIVTE en Estados Unidos.

Desde 1981, la fecundación <in vitro> se ha ido estableciendo como procedimiento clínico, produciéndose

embarazos y nacimientos en los diversos centros especializados del mundo (15).

En España, es el Instituto DEXEUS de Barcelona el que inicia los estudios de la fecundación <in vitro> en 1982. En julio de 1984, el equipo dirigido por el Dr. Barri logra el nacimiento de una niña por medio de esta técnica. En diciembre de ese mismo año se consigue, en el Centro de la Seguridad Social de Cruces (Baracaldo), el primer embarazo por FIV bajo la dirección del doctor PORTUONDO.

En este año 1984, se producen los primeros casos de embarazos en que la madre genética no coincide con la gestante. En el Monash University de Melbourne se fecundó por fecundación <in vitro> el óvulo donado por una mujer, con semen del marido de una segunda mujer estéril por causas ováricas y en el Harbor-Ucla Medical Center de Torrance (California) se inseminó a una mujer fértil con semen del marido de una mujer estéril. Se extrajo el embrión de cinco días del útero de la primera transplantándolo en el útero de la segunda, donde se desarrollo el resto de la gestación.

Estas técnicas han continuado desarrollándose, hasta conseguir la maternidad por subrogación o de sustitución. Es decir, mujeres que gestan hijos por otras imposibilitadas para hacerlo, sea por falta de útero o por existencia de contraindicaciones graves al embarazo. Este hecho ha causado una verdadera conmoción debido a las

implicaciones éticas que conlleva, especialmente porque la mayoría de las mujeres que se prestan a llevar el embarazo de sustitución lo hacen motivadas por las fuertes remuneraciones que reciben.

En los Estados Unidos es una práctica común, constituyéndose en casi una alternativa a la adopción. Varios Estados tienen proposiciones de ley para regular este tipo de maternidad.

Todos los informes europeos que han estudiado las técnicas de reproducción asistida han propuesto la prohibición absoluta de la maternidad subrogada. Tanto la ley española como la sueca y la alemana, que se han dictado sobre el tema, han prohibido la utilización de este tipo de maternidad.

4.-DESCRIPCION DE LA TECNICA:

Generalmente, las parejas escriben o acuden al Centro donde existe un equipo de FIVTE exponiendo su caso. Estas parejas son citadas para una fecha en la que serán recibidas y entrevistadas por un miembro del equipo.

En esta entrevista se suele aportar todos los estudios previos que les han realizado y el ginecólogo les explica en qué consisten las técnicas, posibilidades de éxito y las pruebas complementarias necesarias para confirmar el diagnóstico, en el caso de que exista.

Después de clasificar el tipo de esterilidad y la técnica que es indicada, se valora la edad de la paciente, la existencia de un ovario funcionando para poder estimularlo y la existencia de útero.

Una vez que se han valorado los requisitos señalados y aceptado a la paciente, se inicia el tratamiento. Esto se hace a través de una hiperestimulación. Es sometida a un tratamiento hormonal, para conseguir que maduren varios óvulos simultáneamente. Durante este período, la paciente es controlada con ecografías y análisis de sangre y orina, para determinar el grado de preparación de los ovarios.

Cuando la ovulación es inminente, la paciente es llevada al quirófano para puncionar los folículos del ovario (sea por laparoscopia o ecografía) y obtener así los óvulos. La precisión cronológica es vital, porque, si se actúa demasiado pronto, los óvulos obtenidos serán inmaduros y, por tanto, no aptos para la FIVTE. Si es tarde, los óvulos habrán desaparecido de la cavidad abdominal y su obtención será prácticamente imposible.

Los óvulos obtenidos son clasificados según su grado de madurez e inseminados con el semen de su pareja o de un donante.

Transcurridas diecisiete o dieciocho horas podrá saberse si los óvulos han sido normalmente fecundados. Ocurre esto con

más del cincuenta y cinco por ciento de los óvulos obtenidos en un programa de fecundación <in vitro>.

Los óvulos fecundados (embriones) se mantienen inmersos en un cultivo en el interior de una incubadora, por un período que oscila entre 12 y 24 horas. En este intervalo, un ochenta por ciento de los embriones va dividiéndose y son los que van a ser transferidos al útero de la mujer, por medio del paso de un fino catéter a través del cuello del útero. Dos semanas después se podrá saber si se ha logrado el embarazo (16).

Una de cada cinco mujeres sometidas a esta técnica debe quedar embarazada. Se considera bueno el rendimiento de un equipo cuya tasa de embarazo se acerca al veinte por ciento de las pacientes. No hay que olvidar que a una pareja sana, que cohabita un mes buscando el embarazo, la naturaleza le proporciona un treinta por ciento de posibilidades (17).

Hay que señalar que esta técnica produce una fuerte tensión emocional en la mujer a la cual se le practica, lo que debería conducir a que las parejas que se sometan a esta práctica recibieran apoyo psicológico mientras dure el tratamiento. Se sabe de parejas que después de someterse a esta técnica han terminado separándose (18).

5.- SIGNIFICADO DE LA FIV :

Cuando nació Louise Brown, el 25 de julio de 1978, por la técnica de fecundación <in

vitro», quedó señalado un hito: se demostraba que la concepción de un ser humano podía producirse fuera del vientre de la madre, bajo el control de la ciencia y de la medicina (19).

Por lo mismo, quedaba demostrado que sexualidad y fecundación podían separarse. Para procrear un hijo, la indispensable unión entre un óvulo y un espermatozoide podía darse tanto a través de una relación sexual entre un hombre y una mujer, como sobre una placa de laboratorio. Esto es, a través de una técnica especial.

Cuando en la fecundación <in vitro> interviene donante de óvulos, se produce una disociación del elemento genético y biológico, ya que a través de esta técnica se logra una criatura que presenta un patrimonio genético materno distinto al de su madre biológica o gestacional.

La fecundación <in vitro> encuentra su origen en el desarrollo de las investigaciones encaminadas a resolver el problema de la esterilidad tubárica, reconocida como una de las causas más frecuente de la esterilidad. El Dr. BARRI, en su comparecencia ante la Comisión especial de Estudio de la fecundación <in vitro> e inseminación artificial humanas, del Congreso de los Diputados, señalaba que entre un diez y un trece por ciento de las parejas de edad fértil tienen problemas de esterilidad. A esta situación contribuye el stress, diversos efectos de los

anticonceptivos y la difusión de enfermedades de transmisión sexual (20).

La reacción mundial frente al descubrimiento de estas técnicas fue, al mismo de tiempo, de admiración y preocupación, porque el desarrollo de la fecundación <in vitro> no sólo supone una posibilidad "neutra" de superar problemas de esterilidad, sino que implica la posible creación, experimentación y destrucción de embriones humanos y la posibilidad de una ingeniería genética en nuestra especie . Ni más ni menos que lo que anticipara, novelísticamente, ALDOUS HUXLEY en su ya clásico "Mundo Feliz", a fines de los años 40.

Así, la fecundación <in vitro> que fue inicialmente ideada para resolver los casos de infertilidad femenina relacionada con la obstrucción de las trompas de Falopio, fue ampliando su campo de acción para resolver casos como los siguientes:

- a) Presencia de anticuerpos, antiespermatozoides en el moco cervical, prevención de enfermedades genéticas o ligadas al sexo, defectos del semen del marido. Para estos casos se ofrece la posibilidad de recurrir al empleo de semen de donante.
- b) Inaccesibilidad o grave hipoflasia del ovario. Se ofrece a la paciente la posibilidad de recurrir al empleo de óvulos de donadora.
- c) Falta de útero y existencia de contraindicaciones graves de embarazo. Se puede recurrir a una madre sustituta.

Se ve, claramente, que esta extensión en la aplicación de la fecundación <in vitro> implica la introducción de nuevos elementos, que modifican la identidad de la fecundación <in vitro> desde un punto de vista antropológico, social, jurídico y ético. Al mismo tiempo, se presenta el problema de si esta técnica debe considerarse a) como un método terapéutico, destinado a ayudar a superar los problemas de esterilidad de la pareja o a prevenir enfermedades de origen genético hereditarios al existir riesgo de transmisión al hijo o b) como un método alternativo de reproducción.

Si se entiende que la fecundación <in vitro> tiene una finalidad terapéutica, ésta sólo puede aplicarse dentro de la pareja estéril, sea ésta matrimonial o estable. No estarían dentro de las posibles destinatarias de esta técnica la mujer sola fértil ni la mujer que quiere ser fecundada con el semen de su marido o compañero muerto, porque se requiere para su aplicación que uno de los miembros de la pareja sea estéril.

En cambio, si la fecundación <in vitro> es un método alternativo de reproducción, pueden tener acceso a ella la mujer sola fértil que por prejuicio o rechazo al hombre no quiere tener un hijo por el método natural y la mujer viuda o la que formaba pareja estable que quiere ser fecundada con el esperma de su marido o compañero muerto.

Como suele ocurrir, los científicos, por sí solos, no siempre captan el alcance de sus descubrimientos. Sus juicios de valor están condicionados por el ámbito de conocimientos que manejan y su punto de referencia es el logro de los mejores resultados. Por tanto, son parte interesada y ello, por lo general, afecta su objetividad, lo que hace necesario un control social externo a los investigadores que realizan las técnicas de reproducción (21).

La importancia sociológica de nacimientos producto de la aplicación de la fecundación <in vitro> y sus implicaciones en instituciones jurídicas asentadas en valores y conceptos tradicionales, justifican la preocupación de los juristas. Algunos ven trasgredidos principios superiores -de origen preferentemente divino- lo cual atentaría contra la norma exigible a las distintas sociedades en esta materia (22).

Por lo demás, es un problema que no puede ser enfocado desde una sola perspectiva sino estudiándose todas las consecuencias jurídicas, sociales, éticas, biológicas que entraña. El estudio, para realizarse sin prejuicios, ni desde posiciones predeterminadas, supone la multidisciplinariedad.

De partida, la prohibición de estas técnicas ya no es posible -aunque desde ciertos sectores se pretenda-, dado el número de niños que ya han nacido gracias a ellas. Es una alternativa con posibilidades ciertas de éxito, que

aconsejan los médicos a parejas que no han podido tener un hijo. Dichas parejas, que durante mucho tiempo han visto frustrada su intención de tener hijos, encuentran así una solución y no entran a plantearse los problemas éticos y jurídicos que entraña el empleo de fecundación <in vitro> con transferencia de embriones (FIVTE).

Desde otra perspectiva, es ya una realidad que en un laboratorio se pueda manipular la herencia humana, influir en ella y modificarla. El hombre ya no sólo controla la cantidad de su descendencia -gracias a los anticonceptivos-, sino también su calidad. Se puede tratar las enfermedades de origen genético, elegir el sexo, color de ojos, etc. Lo que bien encausado podría ser un avance para la humanidad, también conlleva serios riesgos. El biólogo francés Jacques TESTART, "padre de la primera niña probeta francesa", advierte en su libro "El embrión transparente": "...no quiero cortar un embrión humano en dos, tomar unas cuantas células de un embrión para establecer el sexo del niño o para hacer el diagnóstico de una anomalía genética. Tocar la integridad del embrión es asumir la responsabilidad de lo que vendrá después".

Por su parte, WALLER advertía : "Dos son los símbolos de nuestro siglo. El primero es el mortífero hongo atómico. El otro es la hélice doble simétrica, en forma de serpiente, que es la expresión visual del ADN, el material genético que se encuentra en todo organismo vivo. El poder desatado del átomo ha dado como resultado una serie de catástrofes

desde Hiroshima hasta Chernobil. Nuestro conocimiento de los genes nos permite hoy llevar a cabo una serie de manipulaciones genéticas y aplicar varios tipos de terapias de genes, no sólo en animales sino también en los seres humanos ¿somos capaces de controlar lo que puede depararnos el futuro?" (23).

La manipulación de embriones puede tener diversas formas: desde la que se efectúa en el cumplimiento de la técnica, como la capacitación de los espermatozoides o la maduración de los óvulos, hasta la intervención sobre los embriones sea desdoblándolos, fraccionándolos, clonándolos, fundiéndolos, haciéndolos crecer extracorporalmente o alterando los genes etc. Todas estas posibilidades han producido una gran confusión sobre lo que, realmente, puede llevarse a cabo y lo que aun se mantiene en el campo de la ciencia-ficción. Algunos científicos consideran que la manipulación de embriones puede salvarnos de casi todas las enfermedades y anomalías. Otros afirman que de las tres mil enfermedades de origen genético conocidas se pueden contar con los dedos de la mano las que podrían resolverse. Más allá, unos sostienen que no es posible investigar en embriones animales y conseguir los mismos resultados, mientras otros consideran que es posible y hay quienes estiman que hasta que no se realice esta práctica no se sabrá (24). Estas mismas contradicciones se han planteado en los grupos de estudio que han elaborado informes al respecto.

Ante esta manipulación de embriones surgen preguntas como ¿con qué embriones investigar? ¿a quién pertenecen los embriones? ¿qué hacer con ellos si los padres se divorcian o mueren? ¿quién decide sobre el destino de cada embrión? ¿qué embriones pueden implantarse? ¿Se incluye dentro del derecho a la vida y a la dignidad humana, el derecho a heredar una estructura genética no modificada parcialmente?. La terapia genética no sólo concierne a las personas vivas, sino también a la posteridad. ¿Quién debe dar el consentimiento para el cambio genético?.

En países como Noruega, Alemania y Portugal, las investigaciones relativas a la manipulación de embriones se han prohibido de manera radical; en Francia se ha establecido una moratoria y en otros países, como Gran Bretaña, Austria, Italia y España, la legislación permite la manipulación de embriones. La Ley española de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su art.20, prohíbe la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, por lo que solamente se pueden autorizar estas técnicas cuando exista un motivo médico. Los investigadores en estos temas de reproducción, han interpretado que esta autorización se refiere al caso de que nos encontremos ante una enfermedad hereditaria, como puede ser la hemofilia, situación en la que estaría justificado realizar esta manipulación genética. Pero, si no hay tal enfermedad no existiría ningún fin terapéutico o médico que las permita.

Situaciones como las descritas, han llevado a la formación de varias comisiones interdisciplinarias en distintos países, para que estudien las normativas sobre los márgenes en los cuales deben moverse los investigadores. A su vez, los informes de estas comisiones han servido de base para elaborar proposiciones de ley sobre la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, que han venido a regular no sólo la prohibición o permisividad de la investigación genética sino, también, las consecuencias jurídicas que conllevan dichas técnicas. España ha sido el primer país europeo en dictar una Ley que regula la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>. Anteriormente, el 22 de diciembre de 1985, Suecia dictó una ley que regula exclusivamente la inseminación artificial.

6. INFORMES Y PROPOSICIONES DE LEY SOBRE FIV:

En los últimos años se han multiplicado las Comisiones y los Informes realizados a instancias de gobiernos y Parlamentos, con el objetivo de someter a regulación ética y legal los avances de la biología que afectan a los métodos de reproducción asistida, a la creación de nuevas especies y al empleo de la moderna biotecnología sobre las células.

a) FRANCIA:

En este país, se creó por decreto presidencial de 23 de febrero de 1983, el Comité Consultivo Nacional de Ética -Comité Consultatif National d'Éthique- con la finalidad de estudiar los problemas planteados por la

investigación médica, biológica y ciencias de la salud en general (25).

Destacaré algunas de las líneas de este documento que se hallan ampliamente desarrollados en el Informe Etico:

Se reconoce como una exigencia básica el respeto de la dignidad humana, que "es un valor superior a cualquier otro y que debe traducirse en la realidad de los hechos". Se establece, así, que "Debería ser el criterio para arbitrar los conflictos de valores o intereses suscitados por la posibilidad de utilizar los embriones humanos <in vitro>".

Se rechaza el criterio utilitarista de eficacia técnica, al que contrapone el de búsqueda de significado y análisis profundo de las posibles consecuencias, a medio y largo plazo, de la aceptación de las nuevas tecnologías de reproducción humana. Denuncia la exigencia del deseo, sea de un hijo a cualquier precio, sea la del hijo sin defecto por encargo: "(...) hay que evitar que en nombre del progreso científico, cuya realidad no se puede demostrar a priori, ni su sentido siempre adecuadamente ponderado, se instaure una relación de omnipotencia sobre lo que es humano. Esta omnipotencia puede ser también expresión del deseo humano de los pacientes, que a precio de su deseo de tener un hijo y al mismo tiempo esperan de la ciencia que ésta produzca un niño sin defectos".

"El embrión humano desde la fecundación pertenece al orden del ser y no del tener, de la persona y no de la

cosa o del animal. Debería ser considerado éticamente como un sujeto en potencia, como una alteralidad de la que no se puede disponer sin límites y cuya dignidad señala los límites al poder o dominio por parte de otros".

La creación de embriones humanos, por medio de la FIV, debe responder a un proyecto parental de llamar a la existencia de un hijo.

Debe fecundarse el mínimo suficiente de óvulos que permitan la posibilidad de éxito en la transferencia de embriones.

Los embriones sobrantes pueden congelarse por razones médicas, por un período máximo de doce meses, antes de realizarse la transferencia y otros doce después del nacimiento del primer hijo, con el objetivo de conseguir un nuevo embarazo.

La donación de embriones ha de estar sujeta a previa legislación que resuelva el problema de filiación.

Señala que la práctica de la maternidad subrogada es ilícita dentro de un estado de derecho.

El 15 de diciembre de 1986, nuevamente el Comité de Ética emitió un Informe relativo a la investigación de los embriones humanos <in vitro> y a su utilización con fines médicos y científicos (26).

Además, se han presentado varias proposiciones de ley :

- Proposición Nº 147 registrada en la Asamblea Nacional el 15 de julio de 1981
- Proposición Nº 255 presentada el 8 de abril de 1982 y
- Proposición Nº 2158 presentada en la Asamblea Nacional el

18 de mayo de 1984.

Ninguna de estas proposiciones, hasta el momento, ha llegado a ser ley.

b) Suecia:

Por iniciativa de la Sociedad Médica de este país, el gobierno sueco decidió investigar los últimos adelantos en cuanto a la aplicación de la inseminación artificial y a si era necesario someterla a reglamentación. A tal efecto, se nombró una Comisión presidida por un abogado e integrada por varios especialistas en cuestiones médicas, psicológicas, jurídicas y éticas.

De las investigaciones realizadas por el Comité se conoció que, anualmente, en Suecia nacían doscientos treinta niños por el procedimiento de inseminación artificial con donante. Además, se conoció que dicho procedimiento era aplicado por médicos que no llevaban archivos sobre los nacimientos, sino notas privadas que destruían después de nacer el niño. Otra novedad fue la de que los médicos de la seguridad social pagaban reducidas cantidades de dinero a los donantes; en cambio, ciertos médicos privados abonaban sumas considerables (27).

El Comité examinó si la inseminación artificial con donante era aceptable. A este respecto, estimó que era aceptable la I.A tanto con esperma del marido como con donante. El Comité concluyó que debía aceptarse la inseminación por dos razones: en primer lugar, porque es comprensible que una

mujer no desee abandonar a su marido o compañero y pueda tener un deseo ferviente de tener un hijo. En segundo lugar, porque la prohibición de la inseminación artificial con donante podría dar como resultado una actividad incontrolada, que evidentemente no era de desear.

Las proposiciones del Comité fueron aceptadas tanto por el gobierno como por el Parlamento sueco, dictándose la primera ley europea que reguló la inseminación artificial : ley 1139/1984 que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado sueco el 22 de diciembre de 1985 (28).

De acuerdo con esta ley, la inseminación artificial puede realizarse tanto en una mujer casada como en una que conviva en forma permanente con un hombre.

Debe realizarse con el consentimiento escrito del marido o varón de la pareja y ese consentimiento debe ser considerado como equivalente a la asunción de paternidad.

La ley prescribe que un niño concebido por inseminación artificial con donante tiene derecho a conocer su origen y puede consultar el registro especial sobre el donante, una vez alcanzada la mayoría de edad. Los datos acerca del donante deben quedar anotados en un registro que se conservará por lo menos durante setenta años.

La donación de semen debe ser gratuita y cualquiera que se dedique por razones pecuniarias a la entrega de semen, sin respetar lo prescrito por la ley, puede ser procesado y condenado a una multa o a una pena de prisión.

Tras concluir el Comité su trabajo sobre la inseminación, continuó estudiando las distintas formas de fecundación <in vitro>, en una época en que sólo había nacido en Suecia un niño concebido por este método.

El Comité estimó que no había nada discutible en la aplicación de la fecundación <in vitro> a parejas con relaciones estables mientras sólo se utilizasen sus propios gametos. En su opinión, no existen diferencias importantes, desde un punto de vista ético - en el caso de una mujer que mantiene relaciones estables con un hombre - entre fecundar los óvulos de manera artificial y posibilitar la fecundación por otros métodos, tales como la operación de sus trompas. Asimismo, el Comité opinó que tampoco desde el punto de vista de la crianza del niño existe ninguna objeción directa que hacer a la fecundación <in vitro>. La pareja en cuestión son los padres biológicos; lo que los diferencia de otros padres es únicamente el método utilizado para la concepción del niño.

En el caso, de la fecundación <in vitro> con óvulos donados, el Comité rechazó esta práctica. Si bien señaló que la fecundación <in vitro> con óvulos de una segunda mujer puede compararse en varios aspectos con la inseminación artificial con donante, también existen muchas diferencias entre ambos métodos. La inseminación es un acto sencillo que, en principio, cualquiera puede realizar. Si se prohibiera la inseminación, se correría un serio peligro de crear un mercado negro. La donación de óvulos es un

método clínicamente complicado que han de realizarlo médicos especialistas. Ello hace que no se corra el riesgo de actividades incontroladas, aun en el caso de que se prohibiera el método.

En opinión del Comité, tener hijos no puede ser nunca un derecho individual absoluto. A veces hay que aceptar la insuficiencia de la naturaleza. La donación de óvulos es un método complicado de fecundación, que contrasta radicalmente con el proceso natural de la vida. Este método puede entrañar riesgos de agotamiento físico y mental para una mujer embarazada y el feto. La donación de óvulos plantea tantos problemas de carácter técnico que, desde un punto de vista ético, resulta indefendible. A juicio del Comité debe ser prohibida en Suecia.

También el Comité consideró inaceptable la donación de espermatozoides en conjunción con la fecundación <in vitro>. A su entender, hay que poner límites a las manipulaciones posibles encaminadas a poner remedio a la esterilidad ; la combinación de donación de espermatozoides y fecundación <in vitro> vulnera esos límites.

El método de maternidad de sustitución es contrario a los derechos básicos del derecho sueco, según el cual la mujer que da a luz un niño es su madre. Si otra persona propone encargarse del niño, el único cauce posible es la adopción, la cual no se autoriza sobre la base de un contrato de sustitución de maternidad.

El Gobierno y el Parlamento suecos aceptaron todas las propuestas del Comité. Suecia, desde el primero de enero de 1989, tiene una ley sobre fecundación <in vitro>. Las condiciones para que ésta pueda practicarse son que la mujer esté casada o viva en relación permanente con un hombre, que la fecundación <in vitro> se realice con gametos de la pareja y que el marido o varón de la pareja preste su consentimiento por escrito. Quienes incumplen estas condiciones pueden ser condenados a multas o incluso a penas de prisión (29).

c) CONSEJO DE EUROPA:

Desde principios de los años 70 ha estado presente en este organismo la preocupación por el progreso de la medicina y las ciencias biomédicas y por sus consecuencias en el campo de la ética y del derecho.

Como organismo promotor de los derechos y libertades fundamentales en esta región ha encargado a todos sus órganos - Asamblea Parlamentaria , Comité de Ministros y Comités de expertos - un estudio que relacione las técnicas de fecundación asistida con los derechos y libertades fundamentales.

La Asamblea Parlamentaria ha adoptado sobre las técnicas de reproducción asistida los siguientes textos:

- Recomendación N9934/1982 adoptada por la Asamblea el 26 de enero del mismo año, relativa a la ingeniería genética.

Se refiere a que "los derechos a la vida y a la dignidad humana garantizados por los arts. 2 y 3 de la Convención europea de Derechos del Hombre implican el derecho a heredar características genéticas que no hayan sufrido ninguna manipulación ni hayan sido cambiadas artificialmente". Reconoce expresamente que este derecho no debe oponerse a la puesta en marcha de aplicaciones terapéuticas de ingeniería genética, recomendando la conveniencia de elaborar una reglamentación que tienda a proteger a los individuos contra la aplicación de estas técnicas con fines no terapéuticos. Recomendando el Consejo de Ministros el reconocimiento expreso del derecho a un patrimonio genético que no haya sufrido ninguna manipulación, salvo en aplicación de ciertos principios reconocidos como plenamente compatibles con el respeto a los derechos del hombre. Se establece que hay que prever, en el convenio europeo de derechos humanos, el reconocimiento expreso del derecho a un patrimonio genético. Se recomienda que habría que alinear las legislaciones nacionales y promover la conclusión de acuerdos análogos de ámbito mundial (30).

- Recomendación Nº 1046/1986 adoptada por la Asamblea el 24 de septiembre del mismo año. Relativa a la utilización de embriones y fetos para fines de diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales. El Comité de Ministros dio una respuesta a esta Recomendación 1046 señalando : "El Comité de Ministros ha encargado a expertos competentes en el progreso de las

ciencias biomédicas, Comité "ad hoc" (CAHGE) que emita un informe sobre las proposiciones contenidas en el párrafo 14 de esta Recomendación. Indica también que el tercer plan que se acaba de adoptar, dedica una atención particular a encontrar soluciones comunes a los nuevos retos en el campo del derecho y especialmente a los problemas que presentan los progresos de las ciencias biomédicas en el campo del derecho y de la ética y de los Derechos Humanos".

Esta Recomendación presenta en los trece puntos unos postulados en los que se reconoce que la vida es humana desde la fecundación (5 y 8). Justifica la explotación de las posibilidades tecnológicas que ofrecen tanto la medicina como la ciencia, desde una perspectiva de diagnóstico y terapéutica dignas de atención (2 y 4).

Considera que el embrión y el feto deben beneficiarse en todas las circunstancias del respeto debido a la dignidad humana (10). Tiene en cuenta la pluralidad de opiniones que se expresan en el plano ético a propósito de la utilización de embriones o de fetos, o de sus tejidos, y de los conflictos de valores que provoca.

Subraya la necesidad de una cooperación europea. El punto 14 se dirige al Consejo de Ministros para que recomiende a los Gobiernos de los Estados miembros "prohibir todo lo que se podría definir como manipulaciones o desviaciones no deseables de estas técnicas, entre otras (...) la investigación sobre embriones humanos viables (...)"

(31).

- Recomendación Nº 1071/1988 adoptada por la Asamblea el 23 de marzo de ese mismo año. Relativa a la protección de los niños. Atendiendo a la acogida institucional de la infancia y primera infancia, recomienda a los Comités de Ministros, entre otros temas, que avancen en las consultas con vistas a la redacción de una Conferencia europea sobre el niño por iniciativa del Consejo de Europa (32).

- Recomendación Nº 1074/1988 adoptada por la Asamblea el 3 de mayo de ese mismo año. Relativa a la política de la familia. Reconoce que el papel del Estado en materia de política familiar no consiste en proporcionar respuestas apoyadas en las ideologías, sino crear las condiciones necesarias para el desarrollo de una célula familiar, donde el individuo pueda desarrollarse en la seguridad, la solidaridad y el respeto a los derechos fundamentales. En el aspecto legislativo, la Asamblea recomienda "reflexionar en cuestiones tales como la adopción, la fecundación artificial y las madres portadoras, desde la óptica de sus efectos en la vida familiar y particularmente del interés del niño y prohibir ciertas prácticas si se presenta el caso (33).

- Recomendación Nº 1121/1990 adoptada por la Asamblea el 1 de febrero de este mismo año. Relativa a los derechos del niño. La Recomendación, en su número 2, señala qué se entiende por niño , es decir "los seres humanos que no

han alcanzado la mayoría de edad". Indica que los niños "necesitan ayuda, protección y cuidados particulares y consideran que la principal responsabilidad de sus padres debe ser fortalecida y nunca cuestionada. Considerando que los niños para desarrollar armoniosamente su personalidad deben crecer en un clima de bienestar, amor y comprensión".

Recomienda al Comité de Ministros que inviten a los Estados miembros a firmar y ratificar las Cartas y Convenciones europeas que protegen los intereses del niño y a hacer todo lo que esté a mano para que se ratifique y ponga en marcha la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Encarga a los Comités competentes que examinen la posibilidad de elaborar un instrumento jurídico apropiado por parte del Consejo de Europa, que complete la convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y especialmente encargar al Comité director de los Derechos del Hombre que estudie la posibilidad de elaborar un protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos del Hombre concerniente a los Derechos del Niño. Para esta tarea, reclaman la ayuda de expertos independientes, para estudiar cómo los niños pueden ejercer sus derechos fundamentales reconocidos en la Convención Europea de Derechos del Hombre y la Carta Social Europea (34)

INFORME DEL CAHGE:

Como consecuencia de la Recomendación Nº 934 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Comité de Ministros decidió crear, en 1983, un Comité "ad hoc" de expertos de ingeniería genética para estudiar los problemas éticos y jurídicos de la genética humana (CAHGE), con el ánimo de establecer una política común armonizando las legislaciones de los Estados miembros y elaborando un instrumento jurídico adecuado (Documento 3699 Informe de la Comisión de Cuestiones Sociales y de Salud).

El CAHGE entregó su proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial el 17 de octubre de 1984 (35).

En el preámbulo señala que "considerando que la meta del Consejo de Europa es conseguir una mayor unidad entre sus miembros, especialmente a través de una armonización de legislaciones sobre materias de interés común" (...) recomienda "a los gobiernos de los Estados miembros de este Consejo de Europa adoptar la legislación en conformidad con los artículos anexos, o tomar las medidas oportunas para asegurar su ejecución obligatoria".

Indicaré los puntos principales del Informe que se refieren a los problemas de filiación.

Recomienda, en su art.2, que las técnicas de procreación artificial sólo se utilicen cuando "otros tratamientos de esterilidad hubiesen fallado o no presentasen ninguna

posibilidad de éxito" o "existiese un grave peligro de transmitir al niño una grave enfermedad hereditaria" , siempre que existiese posibilidad de éxito y no hubiesen riesgos notables que pudiesen afectar negativamente la salud y bienestar de la madre o del niño.

En su art.4 recomienda que las personas que se someten a estas técnicas otorguen su consentimiento expreso y por escrito.

Establece el anonimato del donante y, así, tanto el facultativo como el equipo médico que realice estas técnicas deberán guardar el secreto de la identidad de los miembros de la pareja así como del hecho de la procreación artificial. Sin embargo, la legislación podrá prever que el niño, a su mayoría de edad, tenga acceso a la información referente a la forma de su concepción y a las características del donante (art.8).

En relación al establecimiento de la filiación de los niños nacidos por estas técnicas, señala que "el niño será considerado por la ley como el hijo de la mujer que le hubiese dado a luz. Si la mujer estuviese casada, el cónyuge estará considerado como el padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarse la legitimidad del niño por el solo hecho de la procreación artificial".

Si la mujer no estuviese casada, el compañero de la mujer que " hubiese consentido no podrá oponerse a la institución

de los derechos y deberes paternos en relación con el niño, a no ser que pruebe que el niño no nació como resultado de la procreación artificial". Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial" (art.9 Nº1 y 2).

Señala el carácter gratuito de las donaciones, sean de gametos o de embriones y señala que la donación debe ser irrevocable (art.12).

Considera que no debe permitirse la fecundación *post mortem* (art.11).

Al tratar la fecundación <in vitro> recomienda tres alternativas en el art. 14. La I alternativa considera que ésta solo debe permitirse cuando se realice usando gametos de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja ; la II alternativa señala que la FIV deberá realizarse con los gametos de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja. Sin embargo, podrá admitirse el uso de gametos donados por dos personas ajenas en las condiciones previstas en el art.2 . La alternativa III, recomienda que la FIV deberá realizarse con los gametos de la pareja. Sin embargo, en casos excepcionales, podrá utilizarse donación de semen. No se permitirá la donación de óvulos ni de embriones (art.14).

En relación a la maternidad subrogada considera dos alternativas: la I autoriza la inseminación artificial de una madre subrogada "si se realizase sobre una base

exclusivamente benévola", "si la madre subrogada tuviese la opción en el nacimiento de quedarse con el niño si lo deseara" y advierte que cualquier acuerdo por el que la madre subrogada se comprometiese a renunciar al niño debe ser considerado nulo.

La alternativa II establece la prohibición de la maternidad subrogada por inseminación artificial (art.13)

En relación a la maternidad subrogada por fecundación <in vitro> recomienda que no se permita (art.16).

En junio de 1985 el Comité de Ministros decidió sustituir el CAHGE por el "Comité ad hoc' para el progreso de las Ciencias Biomédicas" (CAHBI), con el ánimo de ampliar sus funciones en el sentido de asegurar la protección de la persona humana. Este Comité organizó una Conferencia en Trieste, en 1986, a la que asistieron una serie de organizaciones relacionadas con el Consejo de Europa, redactando un informe provisional. El CAHBI recomendó un proyecto relativo a la procreación artificial humana, que se adoptó en la reunión de Strasburgo celebrada entre el 31 de marzo y el 4 de abril de 1987, en el que se estudian los progresos de las ciencias biomédicas y la incidencia de éstas en el campo jurídico, ético y de los Derechos del Hombre (36).

Destacaré los puntos más importantes del Informe en la materia que se estudia. En el preámbulo, señala los valores fundamentales que tienen en común los Estados que integran el Consejo de Europa: respeto a la vida y a la dignidad humana, pluralidad de ideas y opiniones, libertad personal,

vida privada, familia como unidad básica, interés en el bienestar del niño, protección a la mujer de la explotación.

El Informe recomienda que solamente debe recurrirse a estas técnicas cuando la pareja padezca de infertilidad o cuando haya riesgo de transmitir enfermedades hereditarias.

Propone restringir el uso de las técnicas de procreación artificial a la pareja heterosexual, porque ella presenta condiciones que aseguran el bienestar del niño.

No acepta el acceso a estas técnicas de la mujer sola ni de la que forma pareja homosexual, debido a que el niño estaría condenado a nacer sin padre, lo cual sería una severa discriminación.

No hay unanimidad en relación a la restricción de las técnicas dentro de las parejas heterosexuales. Varios Estados consideran que sólo debe acceder a ellas la mujer casada.

En relación a la donación de semen, ésta no debe ser lucrativa y debe estar libre de todo cargo. El número de donaciones debe ser restringido a uno por persona.

La donación debe tener el carácter de anónima. Existe obligación de observar el anonimato y secreto concerniente a la procreación artificial. El niño que nace producto de estas técnicas con donante, debe tener posibilidad al llegar a la mayoría de edad de tener acceso a la

información sobre su origen genético, pero no sobre la identidad del donante.

Se defiende la necesidad del anonimato, en base a la posible mejor integración del niño con su familia. Si el niño sabe que sus padres no son los genéticos, puede tener deseos de conocer a éstos.

En relación a la filiación de los niños nacidos por estas técnicas, el CAHBI recomienda mantener el principio "mater semper certa est". Por tanto, la maternidad se determina por el hecho del parto.

Para la determinación de la paternidad, en el caso de donación de semen, el marido nunca podrá impugnar la legitimidad del hijo, si consintió expresamente en la realización de estas técnicas en su mujer. El compañero de la madre podrá impugnar su paternidad solamente si puede demostrar que el niño no ha nacido como resultado de una procreación asistida.

Este Informe recomienda prohibir la utilización de la técnica de maternidad subrogada, las agencias de intermediarios y declarar la nulidad del contrato entre la madre subrogada y la pareja contratante, debiendo preverse sanciones adecuadas para el caso de que estas normas se contravengan. Sin embargo, si la madre subrogada actúa por razones humanitarias, recomienda que la ley nacional prevea la posibilidad de que pueda quedarse con el hijo si lo desea.

d) REINO UNIDO:

El gobierno del Reino Unido, ante el rápido desarrollo de las aplicaciones de la fecundación <in vitro>, se propuso, en julio de 1982, llevar a cabo una encuesta a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, que permitiera estudiar los avances recientes en la fecundación humana asistida y la embriología y extraer las medidas a adoptar, teniendo en cuenta las repercusiones sociales, deontológicas y jurídicas.

Para esto nombró una Comisión multidisciplinaria de quince miembros, integrada por médicos, biólogos, juristas, personas con experiencia en política familiar y protección a la infancia, intentando que estuvieran representados los puntos de vista religiosos y laicos. Presidió esta Comisión Mary Warnock, investigadora del St. Hugh's College de Oxford.

La Comisión elaboró un Informe que estuvo concluido en junio de 1984, bajo el nombre de "Informe del Comité de estudio de la fertilización humana y embriología" (Report of the Committee of Inquiry into Human fertilization and Embriology), más conocido como Informe Warnock (37).

El Informe esta compuesto por trece capítulos y sesenta y tres recomendaciones. Fue aprobado por mayoría por los miembros de la Comisión y hubo tres votos disidentes.

En el preámbulo del Informe se hace incapié en las dificultades de su elaboración, debido a los distintos criterios de los miembros, así como a la ambigüedad que el

propio concepto de ética implica. Se trató de obtener un firme y general punto de vista, valorando las ventajas e inconvenientes de las medidas que se adopten, partiendo de la base de que ciertos principios y límites son necesarios, pues nadie desea una sociedad desprovista de moral.

Agrega, el Informe que, al "recomendar una legislación estamos abogando por un modelo de sociedad que todos nosotros podamos alabar y admirar, aun cuando nos sintamos inclinados, individualmente, a desear que fuera diferente en algunos detalles. Dentro de los amplios límites que permite el sistema legislativo, hay espacio para la presencia de normas morales diferentes y, quizás, mucho más severas. Lo que resulta legalmente permisible puede ser tenido por exigencias mínimas a los ojos de una sociedad tolerante. Individuos o comunidades pueden adoptar voluntariamente patrones mucho más exigentes. Nuestra misión, sin embargo, ha consistido en recomendar los métodos de establecimiento del amplio marco que delimita nuestro ámbito concreto de preocupaciones".

Destacaré los puntos más importantes del Informe, en la materia que estamos estudiando. El Informe considera que se debería recurrir a estas técnicas cuando haya problemas de infertilidad. Es decir, por indicaciones clínicas (Paragrafe 5.9) y en los casos en que exista riesgo de transmisión de enfermedades hereditarias (Par. 9.3).

Debe obtenerse, siempre que sea posible, el consentimiento de la pareja por escrito, en adecuada forma y previo

asesoramiento, antes de iniciar su tratamiento por esterilidad (Par.4.23).

Asimismo, se señala que la familia es una institución valorada dentro de nuestra sociedad, donde la criatura humana recibe crianza y protección durante su prolongado periodo de dependencia. También es el lugar donde es aprendido el comportamiento social y donde el niño desarrolla su propia identidad y autovaloración (Par.2.2)

Después de esta aclaración, el Informe acepta como destinataria de estas técnicas a la mujer casada y a la que forma pareja estable (Par.2.5 y 2.6). Se entiende a la pareja en el sentido heterosexual y en el contexto de una relación estable.

En relación a la mujer sola, el Informe reconoce que estas técnicas permiten a la mujer sola y a la que forma pareja lesbiana ser madres sin necesidad de una pareja masculina. Asimismo, reconoce el derecho que tiene la mujer sola y la que forma pareja lesbiana a fundar una familia de acuerdo a los arts. 8 y 12 de la Convención europea de Derechos Humanos. Sin embargo, rechaza la aplicación de la fecundación <in vitro> en la mujer sola y en la lesbiana, en razón de que debe primar la conveniencia de que el niño nazca en un hogar donde haya amor, estabilidad y relación heterosexual. Agrega: "pensamos que la deliberada creación de un niño por una mujer que no tiene pareja es una moral equivocada" (Par. 2.9). Afirma ,que si se concede el

derecho a la mujer sola, también debe concederse al varón solo.

En relación a la donación de gametos y embriones, el Informe los acepta, pero considera aconsejable que el donante no conozca a la pareja asistida ni sea conocido por ella, antes, durante y después del tratamiento. Debe tenderse a la gratuidad de las donaciones, reembolsando sólo los gastos en que incurra el donante (Par.4.27).

El Servicio Nacional de Salud (National Health Service) debe mantener una lista de donantes, separada del Registro Central, donde debe señalarse el número de donaciones que haga cada donante (Par.4.26). Se recomienda un límite de diez donaciones por donante (Pr.4.26). El niño nacido por estas técnicas con donante podrá, a los dieciocho años, tener acceso a la información básica del donante, para conocer sus características étnicas y genéticas (Par.4.21). Estas mismas reglas se aplicarán a la donación de óvulos y de embriones.

El Informe considera que, a pesar del respeto que merece el embrión humano y debido a la división de opiniones que suscita su estatuto moral, se puede aceptar una diferencia de criterios sobre su posible utilización para la investigación, en función de un criterio biológico que, por lo demás, se considera arbitrario y que es el que corresponde al final del estadio implantatorio (catorce días después de la fecundación). La donación de embriones

no debe prohibirse, pero debe ser aprobada por la autoridad legal.

En relación a la filiación de los hijos nacidos por estas técnicas, el Informe recomienda que el niño habido como consecuencia de una FIVTE con donante, sea considerado como hijo matrimonial de su madre y del marido de ésta, si ambos han consentido el tratamiento (Par. 4.17).

Debe presumirse el consentimiento del marido a la práctica de estas técnicas, a menos que se pruebe lo contrario.

En cuanto a la determinación de la maternidad, el Informe señala que debe establecerse que la madre para todos los efectos es la que da a luz al hijo y que la donante (de óvulo o embrión) no tiene derechos ni obligaciones respecto a ese niño (Par.6.8).

En relación a la maternidad subrogada, el Informe recomienda sanciones penales para la instalación de agencias que recluten mujeres para prestarse a un embarazo por persona interpuesta -madres de sustitución-. Este tipo de maternidad debe ser considerado ilícito y no invocable ante tribunal (Par.8.18). También recomienda sanciones penales para los profesionales que realicen estas prácticas y que el contrato de sustitución sea considerado ilegal (Par.8.19).

En relación a la fecundación *post mortem*, el Informe recomienda que el niño nacido por una fecundación <in

vitro> utilizando un embrión congelado, que no hubiera sido implantado en el útero de la mujer en la fecha del fallecimiento de su padre, no sucede a éste.

Este Informe ha sido considerado como uno de los más completos que se han elaborado y que han servido de base o punto de referencia para otros informes.

Por su parte, el Consejo de Investigación Médica y el Real Colegio de Obstetras y Ginecólogos de Inglaterra -Medical Research Council y Royal College of Obstetrian and Gynecologists- constituyeron con carácter temporal un Comité (Voluntary Licensing Authority for Human <in vitro> Fertilization and Embryology) con autoridad para regular y controlar la investigación y los Centros donde se realiza la fecundación <in vitro>. Esta función se ejercería hasta que el Parlamento aprobara una ley sobre fecundación <in vitro>, lo cual no ha sucedido todavía.

Este Comité elaboró tres Informes, los años 1986, 1987 y 1988 (38) donde se determina que toda investigación sobre fecundación <in vitro> debe llevarse a cabo previo consentimiento del Comité. Asimismo, determina que todos los centros donde se practiquen estas técnicas deben disponer de personal competente en el consejo terapéutico.

Señalan que es esencial el consentimiento de ambos donantes antes que un embrión sea implantado a otra mujer o utilizado en investigación.

En caso de congelación de gametos o embriones, los miembros de la pareja deben expresar sus deseos en caso de muerte de uno o de los dos cónyuges. El cónyuge sobreviviente no podrá reclamar su inmediata fecundación. Estiman que debe esperarse un período de más o menos un año después de la muerte del cónyuge para llevar a cabo la fecundación *post mortem*.

Agregan que, si se aprobara una legislación que permitiera conocer la identidad de los donantes, ésta no debería tener carácter retroactivo y los futuros donantes deberán ser informados de esta posibilidad.

De otra parte, el Departamento de Salud y Servicio Social elaboró en 1987 un Informe (Human Fertilization and Embryology: A Framework for Legislation) (39) para que sirviera de base a una Proposición de ley que se discutiría en las dos Cámaras del Parlamento británico.

Esta Proposición propone que la legislación sobre embriones se refiera a los creados <in vitro> desde el momento de la fecundación hasta la implantación.

Propone la creación de una entidad especial denominada "Autoridad Especial de Licencias" -Statutory Licensing Authority (SLA)- que se encargaría de mantener un registro de donantes de gametos y embriones al que pudieran tener acceso los hijos, mayores de diecisiete años, nacidos como resultado de las técnicas de fecundación asistida, para recabar información sobre su ascendencia genética y médica, exceptuando la identidad del donante.

A su vez, considera que el SLA debe redactar unas normas en las que deben establecerse sistemas de selección de donantes, consentimiento de pacientes y donantes, utilización de gametos y embriones congelados. Estas normas deberían ser aprobadas por el Parlamento.

En relación a la donación de embriones, considera esencial que se obtenga el consentimiento de ambos donantes antes de que el embrión sea implantado a otra mujer o utilizado para la investigación.

Asimismo, establece que los miembros de la pareja que consientan que sus gametos o embriones se congelen, deben expresar sus deseos en el caso de muerte de uno o de los dos cónyuges. Además, en el caso de que el esposo muriera antes de que el embrión fuera implantado, el hijo que naciera no tendría derecho de sucesión, salvo si se hubiera establecido otra cosa.

En diciembre de 1989 se presentó esta Proposición de ley a la Cámara de los Lores para su discusión (40).

e) ALEMANIA:

En mayo de 1984, el ministro de Justicia de Alemania, Hans A. Engelhard, encargó a un grupo interdisciplinario de diecinueve especialistas en derecho, ética, biología, genética, medicina, filosofía, psicología estudiar las nuevas técnicas de fertilización <in vitro> y el análisis del genoma, así como sus implicaciones éticas y

legales. Presidió esta Comisión el Prof. Dr. Ernst Benda, presidente del Tribunal Constitucional Federal.

Este grupo interdisciplinario elaboró el Informe llamado "Fertilización <in Vitro>, Análisis del Genoma y Terapia Genética" (In vitro Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie), más conocido como "Informe Benda" (41). Fue aprobado con el voto de mayoría de diecisiete miembros y dos disidencias.

El Informe, en sus puntos más importantes y pertinentes en relación con este trabajo, señala que la libertad de investigación tiene como límite los derechos básicos protegidos por la Constitución. Se debe limitar la libertad de investigación cuando infrinja un derecho básico, protegido por la Constitución, como resultado de las técnicas de ingeniería genética.

Se acepta la práctica de la fecundación <in vitro> cuando existen problemas de infertilidad en la pareja y en los casos que exista riesgo de transmisión genética de una enfermedad hereditaria.

Añade que, como regla general, debería permitirse el acceso a estas técnicas a la mujer casada. Sólo sería justificable en los casos de parejas no casadas cuando vivan juntos y constituyan una pareja similar a la matrimonial, en el aspecto de la estabilidad.

No acepta que la mujer sola acceda a estas técnicas, aun reconociendo los derechos de la mujer a ser madre,

basándose en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Agrega que, en los casos en que hay conflicto entre los derechos del niño (art.2 par.1 de la Constitución Alemana) y el derecho de la madre, siempre deberán tener prioridad los derechos del niño, en virtud de la necesidad de protección de éste último. Donde haya conflicto de intereses entre madre e hijo, deben prevalecer los del niño.

El Informe acepta la donación de gametos y embriones aunque con serios reparos. Justifica la donación de embriones, en los casos en que se protege al embrión de morir y donde hay una pareja casada que desea aceptarlo como hijo suyo.

Los donantes deben ser seleccionados en base a su salud física y mental. Todo otro criterio poder ser considerado como una violación a la dignidad humana.

Considera inadmisibles preservar el anonimato del donante, debido a que el conocimiento del origen de uno es de vital importancia para tomar conciencia de su propia identidad y concordante con el desarrollo de la personalidad. La legislación que proteja el anonimato del donante es irreconciliable con la Constitución alemana. Se recomienda que la decisión de dar a conocer el origen del hijo quede en manos de sus padres. Pero, no debe negarse autorización a la persona que quiera conocer detalles de su padre genético, al alcanzar los dieciseis años de edad. Para esto, debe asegurarse que quede registrado el nombre del donante. El niño que nace como producto de una donación de

óvulo debe poder tener acceso a los detalles de su origen y a la identidad de la donante, cuando alcance los dieciseis años.

En relación a la maternidad subrogada, el Informe señala que, como materia de principios, el Grupo de Trabajo es contrario a cualquier forma de maternidad subrogada.

De otra parte, el 13 de diciembre de 1990 fue aprobada en el Bundestag una Ley sobre "Embriones e Ingeniería genética" disponiéndose que su vigencia comenzaría el 1 de enero de 1991.

La Ley aprobada sólo acepta la fecundación <in vitro> dentro del matrimonio. El óvulo deberá ser siempre de la mujer casada aunque, si el marido es estéril, se permitirá la donación de semen.

Se prohíbe la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada. En este último caso, la ley no establece penas para la mujer que acepte ser madre subrogada, pero establece penas de hasta tres años para el médico que lleve a cabo esta técnica.

Asimismo, se establece la protección del embrión desde el momento de la fecundación y prohíbe toda clase de investigación con embriones humanos, así como la manipulación genética de los mismos. Se establece hasta penas de cinco años de cárcel para los médicos o científicos que fabriquen embriones híbridos entre humanos y animal o para aquellos que produzcan clones, es decir, seres vivos genéticamente idénticos.

Tampoco se permite la predeterminación del sexo del niño. Salvo, en el caso de que el futuro niño estuviera afectado por una enfermedad hereditaria que se manifestara únicamente en los varones o mujeres, en cuyo caso sí estará permitido seleccionar el sexo.

En relación con el embrión humano, con esta ley se producen dos consideraciones legales distintas: Según el art. 218 del C.Penal que regula el derecho al aborto, el embrión está protegido a partir del momento en que se adhiere al útero, mientras que con la nueva ley, esta protección se adelanta al momento de la concepción que es cuando se une el óvulo con el espermatozoide.

f) ESPAÑA:

El dos de diciembre de 1984, en el Congreso de los Diputados, se acordó la creación de una Comisión especial de estudio sobre las Técnicas de Reproducción Asistida y las repercusiones que producen estas técnicas desde un punto de vista ético y jurídico. El estudio que se elaboró se conoce con el nombre de Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas. Se le llama también Informe Palacios, por el nombre del presidente de la Comisión: Dr. Marcelo Palacios (43).

Este Informe sirvió de base para la elaboración de la Proposición de Ley sobre "Técnicas de Reproducción

Asistida", presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (43) al Congreso de los Diputados.

Tanto el Informe como la Proposición y la Ley de 22/noviembre de 1988 (44) serán analizadas a lo largo de este trabajo en las partes correspondiente a este estudio.

g) PRINCIPALES INFORMES ELABORADOS SOBRE LA APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

FRANCIA

- Informe "Sobre los problemas éticos nacidos de las Técnicas de Reproducción" (Avis sur les problèmes éthiques de Reproduction Artificielle), Comité Consultivo Nacional de Ética, París, 1985

- Informe "Sobre la investigación relativa a los embriones humanos in vitro y su utilización con fines médicos y científicos" (Avis relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro et à leur utilisation à des fins médicales et scientifiques), Comité Consultivo Nacional de Ética, París, 1987

SUECIA

- Informe sobre "Niños concebidos por inseminación artificial" (Insemination Committee Children Conceived by Artificial Insemination), Comité de Estudio de la Inseminación Artificial SOU 1983:4.

- Informe sobre "Niños concebidos por fecundación <in vitro> y madres portadoras", Comité de Estudio de la fecundación "in vitro" SOU 1985:5

CONSEJO DE EUROPA

- "Proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial", Grupo de Trabajo del Comité "ad hoc" de expertos de ingeniería genética para estudiar los problemas éticos y jurídicos de la genética humana" (CAHGE), Consejo de Europa, 17 de octubre de 1984.
- Informe del Grupo de Trabajo del Comité "ad hoc" de expertos para el progreso de las Ciencias biomédicas (CAHBI), Consejo de Europa, 3-6 de febrero de 1987

REINO UNIDO

- "Informe del Comité de Investigación de la Fertilización Humana y Embriología" (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology), Informe presidido por Mary Warnock, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, julio de 1984. Conocido también con el nombre de Informe Warnock.
- "Informe del Voluntary Licensing Authority sobre Fertilización Humana <in vitro> y la embriología" (Report of the Voluntary Licensing Authority for Human <in vitro> Fertilization and Embryology), Consejo Médico de Investigación, Inf. en 1986, 1987 y

1988.

- Informe sobre "Fertilización humana y embriología : Proyecto de legislación" (Fertilization and Embriology: A Framework of Legislation), Departamento de Sanidad y Seguridad Social, 1987.
- Informe del Comité Etico del Real Colegio de Obstetras y Ginecólogos en Fertilización <in vitro> y reemplazo o Transferencia de Embriones (Report of the RCOG Ethics Committee on In vitro Fertilisation and Embryo Replacement or Transfer), marzo 1983 (45).

ALEMANIA

- Informe de "Fertilización <in vitro> análisis del genoma y terapia genética" (In Vitro Fertilisation Genomanalyse und Gentherapie), Informe presidido por Dr. Prof.Benda, Ministerio de Justicia de Alemania, 1985
- "Directrices para la práctica de la fecundación asistida o <in vitro> y el trasplante de embriones como terapia de la esterilidad humana", Comité Asesor Científico del Colegio Federal de Médicos, 1985 (46).

ESPAÑA

- "Informe de la Comisión especial de Estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", Conocido también con el nombre de Informe Palacios, Congreso de los Diputados, abril de 1986.

- "Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>" , Resumen de las sesiones celebradas por el grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, enero 1986 (47).

VATICANO

- Instrucción sobre "El respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad" , Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fé, 1987 (48).

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

- "Consideraciones éticas de las nuevas tecnologías reproductivas " (Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies), Comité Etico de la Sociedad Americana de Fertilidad, Septiembre 1986 (49).
- "Nuevas pautas para el uso de la inseminación artificial con donante" (New Guidelines for the use of semen donor insemination), Comité Etico de la Sociedad Americana de Fertilidad, octubre 1986 (50).
- "Consideraciones éticas de las nuevas técnicas de reproducción a la luz de la Instrucción del respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" (Ethical Considerations of the New Reproductive

Technologies in light of Instruction on the Respect for Human life in its origin and on Dignity of Procreation), Comité Etico de la Sociedad Americana de Fertilidad , febrero 1987, (51).

AUSTRALIA

- "Informe sobre la disposición de embriones producidos por Fecundación <in vitro> "(Report on the Disposition of Embryos Produced by In Vitro Fertilization), Comité establecido para considerar los aspectos sociales, éticos y legales de la fecundación <in vitro>. Dirigido por Dr. Waller. Conocido también con el nombre de Informe Waller (52).
- "Informe del Grupo de Trabajo en Fertilización <in vitro> e inseminación artificial con donante" (Report of the working party on in vitro fertilization and artificial insemination by donor), Comité de South Australia, 1984 (53).

A lo largo de este trabajo, iré refiriéndome a los puntos concernientes de los Informes señalados en relación con el tema de la tesis.

NOTAS

- (1) DAVID,D
 "Historique" en L'insemination artificielle humaine.
 Un nouveau mode de filiation, E.S.F, París, 1984,p.18
 Este autor señala que THOURET, decano de la Facultad
 de Medicina de París, logró fecundar a su mujer
 "estéril" gracias a una inyección intravaginal de su
 propio semen con una jeringa de estaño , en el año
 1804. Sin embargo MORO,M.J en "Aspectos Civiles de la
 Inseminación Artificial y la fecundación <in vitro>",
 Librería Bosch, Barcelona,1988,p.28 lo sitúa en el año
 1785.
- (2) GARCIA CANTERO,G
 "Incidencia de la Medicina y Biología moderna en
 el Derecho Civil español", en el libro Homenaje al
 Profesor López Rodó, Vol III,Universidad Complutense,
 Madrid, 1972, p.p.309-324
- (3) BIGGERS,J.D
 "In vitro fertilization and embryo transfer in
 human being" en "The New England Journal of Medicine"
 304/6, 1981, p.336
- (4) GIRARDON,J
 "Manipolare embrioni umani" en Nuova Scienze 10,1983,
 p.85 citado por RODRIGUEZ LUÑO,A y LOPEZ-MONDEJAR,R
 "La fecundación <in vitro>", Ediciones Palabra,Madrid,
 1986, p.49
- (5) ANONIMO
 "Conception in a watch glass" en The New England
 Journal of Medicine 217, 1937, p.678 citado por
BIGGERS,J.D en "In vitro fertilization and embryo
 transfer in human beings", ya cit, p.p.336-342
- (6) ROCK,J y MENKIN,M.F
 "In vitro fertilization and cleavage of human ovarian
 eggs" en Science 100, 1944, p.p. 105-107
- (7) HAMMOND,J
 "Recovery and culture of tubal mouse ova" en Nature
 163, 1944, p.p.28 y 29
- (8) WHITTEN,W.K
 "Culture of tubal ova" en Nature 179, 1957, p.p.1081 y
 1082
- (9) MCLAREN,A y BIGGERS,J.D
 "Sucessful development an birth of mice cultivates in
 vitro as early embryos" en Nature 182, 1958, p.p. 877
 y 878
- (10) CHANG,M.C
 "Fertilization of rabbit ova in vitro" en Nature 184,
 1959, p.p. 466 y 467

- (11) EDWARDS, R. , BAVISTER, B y STEPTOE, P
 "Early stages of fertilization in vitro of human oocytes matured in vitro" en Nature 221, 1969, p.p. 632-635
- (12) EDWARDS, R
 "Maturation in vitro of human ovarian oocytes" en The Lancet 2, 1965, p.p. 926-929. EDWARDS demuestra en este trabajo que la mayor parte de los óvulos liberados del folículo y puestos en medio del cultivo continúan y completan su maduración a una velocidad similar con la que maduran en el ovario después de ser estimulados por la hormona luteinizante
- (13) EDWARDS, R y STEPTOE, P
 "Reimplantation of a human embryo with subsequent tubal pregnancy", en The Lancet 1, 1976, p.p.880-882
- (14) DEPARTAMENTO DE SALUD, ENSEÑANZA Y BENEFICENCIA (HEW)
 "Apoyo a la investigación que implica la fertilización humana <in vitro> y transferencia de embriones" (Support of Research Involving Human <in vitro> fertilization and embryo transfer), Consejo Etico, U.S imprenta oficial del Gobierno, Washington D.C, (USA) 1979
- (15) Para estudiar la evolución de la FIV consultar:
DE LA FUENTE, P
 "Presente y futuro de la fertilización <in vitro> y la transferencia de embriones" en Ingeniería Genética y Reproducción Asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1988 p.p.84 y 85
RODRIGUEZ LUÑO, A y LOPEZ-MONDEJAR, R
 "La fecundación <in vitro>", ya cit. p.p.19-24
BARBERA GUILLEM, E
 "La manipulación o mediación científica en la reproducción humana" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S. A, Madrid, 1988, p.p.10-15
- (16) Para estudiar la forma como se lleva a cabo la FIVTE consultar:
TABOADA, L
 "La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fecundación <in vitro>", Icaria Editorial, Barcelona, 1986, p.p.41-49
DE LA FUENTE, P
 "Presente y futuro de la fertilización <in vitro>", ya cit. p.p. 85-86
BARRI, P
 "Fertilización <in vitro>", informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados , mecanografiado, 1985, p.p. 4 y 5

- OCHOA,C y BILBAO,J
 "Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas" del Congreso de los Diputados, Mecanografiado, 1985, p.6
- (17) BARRI,F
 "Fertilización <in vitro>", ya cit, p.2
- (18) SVERNE,I
 "Los progresos de la Biotecnología y el Derecho", Rev. Internacional de Ciencias Sociales, UNESCO, diciembre, 1990, p.492. Este autor cuenta que la primera pareja sueca tratada con fecundación <in vitro> se separó incluso antes del nacimiento del niño para divorciarse unos cuantos meses después. Esto demuestra según el Comité sueco que estudia la FIV y sus consecuencias, lo necesario del asesoramiento psicosocial a las parejas que se someten a esta técnica.
- (19) EDWARDS,R
 En entrevista del programa de televisión "Muy personal" entrevistado por Pilar Trenas, Madrid, 14 de diciembre de 1986
- (20) BARRI,F
 Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº357 celebrada el 6 de noviembre de 1985, p.10906
- (21) Existen trabajos científicos sobre la FIV en que se reclama una regulación específica al respecto. En 1986, el investigador francés JACQUES TESTART, que abandonó por razones éticas algunos campos de investigación genética, preconizaba publicamente la necesidad de un control social externo a los investigadores que realizan la aplicación de las nuevas técnicas de procreación. También, el biólogo inglés ROBERT EDWARDS demandó una legislación específica al respecto en entrevista del programa Muy Personal, ya cit.
- (22) SANCHO REBULLIDA,F
 Informe sobre aspectos jurídicos de la FIV y la Inseminación Artificial Humanas" presentada a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, mecanografiado, 1985, p.2
RODRIGUEZ LUÑO,A y LOPEZ-MONDEJAR,R
 "La fecundación <in vitro>", ya cit, p.77
D'AGOSTINO,F
 "Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della Filosofia del Diritto", Rev. di Diritto Civile, año XXXIII, Nº1, enero-febrero, 1987,p.31
- (23) WALLER
 "Creating Children: A Uniform Approach to the Law and Practice of Reproductive Technology in Australia", Family Law Council, AGPS, Camberra, 1985,p.6

- (24) Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 346 celebrada el 23 de octubre de 1985 p.p.10644-10661
- (25) Por Decreto Nº83-132, de 23 de febrero de 1983 de François Mitterand se crea el Comité Consultivo Nacional de Etica para las Ciencias de la Vida y de la Salud (Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé). Este Comité elaboró un Informe "Sobre los problemas éticos nacidos de las técnicas de reproducción" (Avis sur les problèmes Ethiques nes de Reproduction Artificielle), París, 1985
- (26) Comité Nacional de Etica
"Sobre la investigación relativa a los embriones humanos <in vitro> y su utilización con fines médicos y científicos" (Avis relatif aux recherches sur les embryons humains <in vitro> et à leur utilisation à des fines medicales et scientifiques), Actes Sud et Inserm, París, 1987
- (27) SVERNE, J.
"Los progresos de la Biotecnología y el Derecho", ya cit, p.489. Una agencia danesa anunciaba en los periódicos suecos y noruegos que se podía comprar esperma humana en las estaciones de ferrocarril a precios altos.
- (28) COMITE SUECO DE ESTUDIO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
"Niños concebidos por inseminación artificial" (Insemination Committee. Children Conceived by Artificial Insemination) SOU (Boletín del Parlamento Sueco) 1983:42
- (29) COMITE SUECO DE ESTUDIO DE LA FECUNDACION <IN VITRO>
"Niños concebidos por fecundación <in vitro> y madres portadoras" SOU 1985:5
- (30) ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA
Recomendación 934/1982 relativa a la ingeniería genética. Texto adoptado por la Asamblea el 26 de enero de 1982
- (31) ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA
Recomendación 1046/1986 relativa a la utilización de embriones y fetos humanos para fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales. Texto aprobado por la Asamblea el 24 de septiembre de 1986
- (32) ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA
Recomendación 1071/1988 relativa a la Protección de los Niños. Texto adoptado por la Asamblea el 23 de marzo de 1988

- (33) ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA
Recomendación 1074/1988 relativo a la Política de la Familia. Texto adoptado por la Asamblea el 3 de mayo de 1988
- (34) ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA
Recomendación 1121/1990 relativa a los Derechos del Niño. Texto adoptado por la Asamblea el 1 de febrero de 1990
- (35) GRUPO DE TRABAJO DEL COMITE "AD HOC" DE EXPERTOS DE INGENIERIA GENETICA PARA ESTUDIAR LOS PROBLEMAS ETICOS Y JURIDICOS DE LA GENETICA HUMANA (CAHGE)
Proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial", Consejo de Europa, Strasburgo, 17 de octubre de 1984
- (36) GRUPO DE TRABAJO DEL COMITE "AD HOC" DE EXPERTOS PARA EL PROGRESO DE LAS CIENCIAS BIOMEDICAS (CAHBI),
Informe del Grupo de Trabajo, Consejo de Europa, 3-6 de febrero de 1987
- (37) DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL
"Informe del Comité de Investigación de la fertilización humana y embriología" (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology), Informe presidido por Mary Warnock, Imprenta de Su Majestad la Reina, Londres, Julio de 1984. Conocido también con el nombre de Informe Warnock.
- (38) CONSEJO MEDICO DE INVESTIGACION
"Informe del Voluntary Licensing Authority sobre fertilización humana <in vitro> y la embriología" (Report of the Voluntary Licensing Authority for Human in vitro Fertilization and Embryology), I Informe en 1986, II Informe en 1987, III Informe en 1988
- (39) DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL
"Fertilización humana y embriología: Proyecto de legislación" (Fertilization and Embryology: A Framework of Legislation), Imprenta de Su Majestad la Reina, Londres, 1987
- (40) HOUSE OF LORDS
Debates Parlamentarios, Informe Oficial, jueves 7 de diciembre de 1989, Vol 513, Nº11
- (41) MINISTERIO DE JUSTICIA DE ALEMANIA
"Informe de Fertilización <in vitro> , análisis del genoma y terapia genética" (In-Vitro Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie), Comisión presidida por Prof.Dr. Benda, Publicación del Ministerio de Justicia, Bonn, 1985. Conocido también con el nombre de Informe Benda.

- (42) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", del Congreso de los Diputados, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 10 de abril de 1986. Presidente de la Comisión: Marcelo Palacios. Conocido también con el nombre de Informe Palacios
- (43) CORTES GENERALES
Congreso de los Diputados. Proposición de Ley sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", BOCG Nº 74-1, serie B, Proposición de Ley de 9 de mayo de 1987
- (44) LEY 35/1988 de 22 de Noviembre sobre "Técnicas de Reproducción Asistida"
- (45) COLEGIO REAL DE OBSTETRAS Y GINECOLOGOS
"Informe del Comité Etico del CROG en fertilización <in vitro> o transferencia de embriones" (Report of the RCOG Ethica Committee on In Vitro Fertilization and Embryo Replacement or Transfer), Londres, marzo 1983
- (46) CONSEJO ASESOR CIENTIFICO DEL COLEGIO FEDERAL DE MEDICOS
"Directrices para la práctica de la fecundación asistida o <in vitro> y el trasplante de embriones como terapia de la esterilidad humana" en Deutches Arzteblatt (DAB 1), 1985
- (47) MINISTERIO DE JUSTICIA: PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION <IN VITRO>
Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento Nº 3 Madrid, 14 de enero de 1986
- (48) INSTRUCCION DE LA SAGRADA CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE
"El respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad", Vaticano, 1987
- (49) COMITE ETICO DE LA SOCIEDAD AMERICANA DE FERTILIDAD
"Consideraciones Eticas de las Nuevas Tecnologías Reproductivas" (Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies), Sociedad Americana de Fertilidad, Birmingham, Alabama, septiembre 1986

- (50) COMITE ETICO DE LA SOCIEDAD AMERICANA DE FERTILIDAD
"Nuevas pautas para el uso de la inseminación artificial con donante" (New Guidelines for the use of semen donor insemination), Sociedad Americana de Fertilidad, Birmingham, Alabama, octubre 1986
- (51) COMITE ETICO DE LA SOCIEDAD AMERICANA DE FERTILIDAD
"Consideraciones Eticas de las Nuevas Técnicas de Reproducción a la luz de la Instrucción del Respeto de la Vida Humana naciente y la Dignidad de la Procreación" (Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies in light on Instruction on the Respect for Human Life in its origin and on Dignity of Procreation", Sociedad Americana de Fertilidad, Birmingham, Alabama, febrero 1987.
- (52) COMITE ESTABLECIDO PARA CONSIDERAR LOS ASPECTOS SOCIALES, ETICOS Y LEGALES DE LA FIV
"Informe sobre la Disposición de Embriones producidos por FIV" (Report on the Disposition of Embryos produced by In Vitro Fertilization), Government Printer, Victoria (Australia), 1984
- (53) COMITE DEL ESTADO DE SOUTH AUSTRALIA
"Informe del Grupo de Trabajo en fertilización <in vitro> e inseminación artificial con donante" (Report of the working party on in vitro fertilization and artificial insemination by donor), 1984

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES DE LA
TRAMITACION DE LA LEY SOBRE
TECNICAS DE REPRODUCCION
ASISTIDA

1.- FORMACION DE LA COMISION:

A fines de 1984, el Centro Democrático y Social (CDS) y el Partido Nacionalista Vasco (PNV) solicitaron a la Mesa del Congreso de los Diputados la creación de una Comisión Especial para estudiar los problemas que implica la fecundación asistida y la ingeniería genética.

La finalidad de la creación de la Comisión era la necesidad de que la Cámara se anticipara a los acontecimientos y pudiera afrontar las nuevas situaciones creadas por esta revolución en lo científico y social. Para tal efecto, debería establecer un marco adecuado para garantizar la libertad de investigación, prever las consecuencias de todo orden en los aspectos jurídicos y, finalmente, para preservar, desde el punto de vista de la dignidad humana, los aspectos éticos de la cuestión (1).

El dos de noviembre de 1984, la Mesa del Congreso de los Diputados acordó la creación de una Comisión especial para estudiar la "Fertilidad extracorpórea" y el 20 del mismo mes se decidió que dicha Comisión estuviera integrada por un miembro de cada Grupo Parlamentario.

La Comisión se constituyó el 29 de mayo de 1985 y, por acuerdo unánime, solicitó a la Mesa del Congreso y a la Junta de Portavoces el cambio de denominación de la Comisión. Estimaba que el nombre inicial excluía algunas materias que debían ser tratadas y que no se ajustaba, en

algunos casos, a los procedimientos que se utilizan en las técnicas de fecundación asistida. La propuesta fue aceptada y la Comisión pasó a denominarse "Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y de la inseminación artificial humanas".

Presidente de dicha Comisión fue designado el doctor Marcelo Palacios -diputado por el Partido Socialista Obrero Español-, por lo que el Informe que emitió dicha Comisión también se conoce con el nombre de Informe Palacios.

Entre las primera medidas adoptadas por este organismo, estuvo la decisión de escuchar las opiniones de especialistas de distintas disciplinas, los que fueron propuestos por los Grupos Políticos. Es así como a dicha Comisión asistieron cuatro biólogos (Esteban Domingo Solans, Josep Egozcue, Juan Ramón Lacadena, Julián Rubio), trece ginecólogos (Pedro Barri, Jon Ander Bilbao, José Botella, Pedro Caballero, Joaquim Calaf, Santiago Dexeus, José María Guerra, Xavier Iglesias, Carmen Ochoa, Sixto Pereda, Antonio Figa, José Usandizaga y Juan Antonio Vanrella), once juristas (Manuel Albaladejo, Rodrigo Bercovitz, Fernando Castedo, Enrique Gimbernat, José Luis Lacruz, Francisco Lledó, Vicente Montés, Andrés de la Oliva Santos, María Dolores Pelayo, Gonzalo Quintero y Francisco Sancho Rebullida) y ocho filósofos-moralistas (Francisco Abel, Javier Gafo, Javier Hervada, Gonzalo Higuera, Augusto Hortal, Xavier Rubert de Ventos, José Antonio Souto y Marciano Vidal). Se presentaron veinticinco informes de los

expertos designados y veinticuatro de instituciones o expertos que no estaban incluidos entre ellos (2).

Llama la atención que la Comisión no haya escuchado la opinión de psicólogos o psiquiatras, quienes habrían podido explicar la incidencia que tienen estas técnicas de fecundación asistida en el comportamiento de la pareja y del hijo que nace como resultado de su aplicación.

La Comisión siguió ciertas pautas en la elaboración de su trabajo que se pueden sistematizar de la siguiente manera:

1º La investigación científica ha de ser libre, no puede ser limitada injustificadamente.

2º Estas técnicas, conocidas como Inseminación artificial (I.A), Fecundación <in vitro> (FIV) y FIV con transferencia de embriones (FIVTE), tienen implicaciones científicas, biológicas, sociales, éticas y legales.

3º En la elaboración del Informe se debe tener en cuenta la opinión de los expertos y la documentación recibida de otros países (3).

4º El Informe deberá reflejar las coincidencias sustanciales de los miembros de la Comisión, así como sus discrepancias.

5º El Informe debe partir de la realidad objetiva de la sociedad española, analizando la demanda real y/o previsible de la sociedad. Es decir, "los problemas que están en la calle y que han entrado en el mundo cotidiano".

6º La materia que se analiza se circunscribe fundamentalmente a la esterilidad de la pareja humana, sin

homologar cuestiones que presentan rango distinto y sin que por ello se desvíe la atención de problemas que presentan una situación especial, como son la gestación por subrogación y la gestación de mujer sola, que pese a no tener, aún, incidencia en España, habrá que regular en un futuro no muy lejano.

79 Se han tenido en cuenta las llamadas "desviaciones no deseables" de estos modernos procedimientos, tales como la clonación, hijos de parejas homosexuales y embarazos con gametos de distinta especie . Estas desviaciones, señala el Informe, han de ser objeto de una rigurosa ponderación y de una estricta legislación (4).

Producto del trabajo de esta Comisión fue el "Informe Especial de Estudio de la Fecundación <in vitro> y la Inseminación Artificial Humanas". Este Informe (así como las iniciativas particulares y sugerencias de los Grupos Parlamentarios) fue aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados, en la Sesión del día 10 de abril de 1986, por ciento sesenta y seis votos a favor, once en contra y cuarenta y ocho abstenciones (5). De acuerdo a lo previsto en el art. 97 del Reglamento del Congreso de los Diputados, se ordenó la publicación de las recomendaciones y de las iniciativas particulares o sugerencias de los Grupos Parlamentarios aprobados por la Cámara.

Este Informe está compuesto por tres partes. Las dos primeras se dividen en siete capítulos y se refieren a las técnicas en sí y a sus repercusiones éticas, jurídicas,

sociales, médicas y morales. La tercera parte contiene ciento cincuenta y cinco recomendaciones, cuadros estadísticos, un glosario de términos médicos e índice de los Informes recibidos en la Comisión y documentación extranjera utilizada.

A lo largo de este trabajo iré analizando las recomendaciones de este Informe, en las partes pertinentes a la materia que se esta estudiando.

2.- ITER PARLAMENTARIO:

Tomando como base el Informe aprobado en el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Socialista presentó dos Proposiciones de Ley: una sobre "Técnicas de Reproducción Asistida" y otra sobre "Donación y utilización de embriones y fetos humanos o células, tejidos u órganos" . En este trabajo me ocuparé, exclusivamente, de la primera Proposición, que es la que se refiere, entre otras materias, a la filiación de los hijos que nacen por estas técnicas.

La Proposición sobre Técnicas de Reproducción Asistida contiene veinte artículos distribuidos en seis capítulos, tres Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria y cuatro Disposiciones Finales. El capítulo primero regula el ámbito de aplicación de la Ley; el segundo, los principios generales; el tercero, regula los derechos y obligaciones de los donantes, usuarios, padres e hijos; el cuarto, las técnicas, problemas de diagnóstico, del tratamiento, de la investigación y experimentación; el

quinto, las disposiciones referentes a los Centros , a los equipos y a las infracciones y sanciones; el sexto, se refiere a la estructura de la Comisión Nacional de Reproducción. La Disposición Adicional Primera se refiere a la fecundación por estas técnicas de la mujer sola y la Disposición Adicional Segunda trata el caso de la maternidad de sustitución.

El B.O.C de 9 de mayo de 1987 publicó dicha Proposición. Al mismo tiempo, dio a conocer la admisión a trámite de ésta y la trasladó al Gobierno, a los efectos del art.126 del Reglamento de los Diputados. Así, aquél debía manifestar su criterio respecto de la toma de consideración de la Proposición, así como su conformidad o no a la tramitación, si implicaba aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios (6).

El Pleno de la Cámara, en su Sesión del 16 de diciembre de 1987, acordó tomar en consideración la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista por doscientos sesenta y tres votos a favor, cuatro en contra y tres abstenciones.

El 28 de diciembre del mismo año, la Mesa de la Cámara acordó encomendar la aprobación de la Proposición a la Comisión de Política Social y Empleo, otorgándole a dicha Comisión competencia legislativa plena. Algunas agrupaciones políticas no estuvieron de acuerdo con esta medida. Consideraron que la Proposición debía ser tramitada

como ley orgánica y no como ordinaria, de acuerdo a lo previsto en el art. 81 de la CE, pues entendían que esta Ley afectaba a los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, porque regula cuestiones relacionadas con el desarrollo del derecho a la vida, con la dignidad de la persona y con los derechos inviolables que le son inherentes, como son los relativos a su pertenencia a una familia, a una filiación cierta (7).

En esta misma fecha se abrió un plazo de quince días hábiles -que expiraba el quince de febrero de 1988-, para presentar las respectivas enmiendas. Este plazo fue prorrogado tres veces hasta el siete de marzo.

Se presentaron cuatrocientas doce enmiendas que fueron publicadas en el B.O.C de 14 de marzo de 1988. Tanto el Grupo Parlamentario Vasco como el de Coalición Popular presentaron sendos textos de enmiendas a la totalidad y alternativos a la Proposición, los que fueron discutidos en la Sesión de Pleno del Congreso, el 14 de abril de 1988.

El Grupo Parlamentario Vasco fundamentó su enmienda a la totalidad y su texto alternativo a la Proposición en dos bloques de razones. Consideró que:

19 La Proposición presentada por el Grupo Socialista adolecía de importantes deficiencias técnicas y de sistematización, que no se ajustaban a los requerimientos más elementales de la técnica jurídica. Agregó que, sin discrepar respecto a la oportunidad del momento, hubiera

sido más pertinente realizar un debate serio y profundo sobre si la aprobación de la Ley propuesta constituía una necesidad apremiante para la sociedad, en comparación con otras cuestiones de política social y sanitaria más necesitadas de regulación inmediata.

29 Existía una discrepancia ética fundamental respecto a la Proposición, por la subordinación de los intereses del nasciturus respecto a otros intereses que también consideraba protegibles y respetables, como los de los padres, pero que nunca deben considerarse superiores a los primeros (8).

A su vez, el Grupo de Coalición Popular fundamentó su posición señalando que la Proposición no alcanzaba a cubrir, mínimamente, los requisitos que cabría esperar de la misma. La sola consideración de la técnica legislativa utilizada y la redacción empleada serían motivo más que suficiente para su rechazo y total reelaboración. Agregaba que existían en la Proposición repeticiones constantes de conceptos, imprecisiones, contradicciones, ambigüedades e inconsistencias con algunos preceptos fundamentales y conceptos científicos (9).

Ambas enmiendas fueron desestimadas, obteniendo el Partido Nacionalista Vasco veintiocho votos a favor, doscientos cinco en contra y cuarenta y siete abstenciones. Por su parte, Coalición Popular contó con cuarenta y tres votos a

favor, doscientos once en contra y veintisiete abstenciones (10).

La Ponencia designada por la Comisión de Política Social y Empleo se reunió los días 20 y 27 de abril del mismo año, para discutir la Proposición y las enmiendas presentadas por los distintos Grupos Parlamentarios. De las cuatrocientas doce enmiendas presentadas, sólo fueron aceptadas treinta y nueve, de las cuales treinta y tres pertenecían al Grupo Socialista, dos a la Democracia Cristiana, tres al Grupo Aragonés Regionalista y una a Minoría Catalana. En esta discusión se suscitó un problema originado por la interpretación del Reglamento sobre enmiendas transaccionales. Los representantes del Centro Democrático Social, Coalición Popular y Democracia Cristiana solicitaron la aplicación del art.118.3 del Reglamento (11). Por su parte, la Presidencia de la Comisión consideraba que este artículo sólo es aplicable para la reglamentación del debate en Pleno y no en Comisión, aunque ésta tenga competencia plena, ya que tener esta competencia no la convierte en un Pleno de la Cámara (12).

Ante esta interpretación, los representantes del Centro Democrático Social, de Coalición Popular y de la Democracia Cristiana abandonaron la Comisión. Esta continuó deliberando y aprobó el Informe sobre la Proposición con los votos del Grupo Socialista y de Izquierda Unida.

El texto aprobado por esta Comisión fue publicado en el B.O.C el 27 de mayo de 1988 y remitido al Senado.

3.- PROPOSICION DE LEY PRESENTADA POR EL G. SOCIALISTA EN
EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y LAS ENMIENDAS
PROPUESTAS POR LOS DISTINTOS G. POLITICOS REFERENTES
A FILIACION

PROPOSICION DE LEY: CAPITULO I: AMBITO DE APLICACION DE LA
LEY : Art 1

Nº2: "Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces".

Enmienda Nº 34: Partido Aragonés
De Supresión:
Suprimir el término fundamental

Enmienda Nº 72: Partido Nacionalista Vasco
"Las técnicas de fecundación humana asistida quedan destinadas a remediar la esterilidad irreversible de cualquiera de los componentes de la pareja unida por vínculo matrimonial o pareja estable".

Enmienda Nº 223: Grupo de Coalición Popular
De Sustitución:
"Las técnicas a que se refiere el número anterior se aplicarán con la finalidad de remediar los efectos de la esterilidad humana, cuando otros medios resulten ineficaces o no indicados para la procreación".

Enmienda Nº 334: Centro Democrático Social
Se Sustitución:
1.- La fecundación humana asistida sólo podrá ser practicada dentro del marco determinado por esta Ley.
2.- Se autoriza, siempre que sea realizada con espermatozoide y óvulos de la especie humana:
a) la inseminación artificial
b) la fecundación <in vitro> para la posterior transferencia de embriones

Enmienda Nº 290: Minoría CatalanaDe Supresión:

"Tiene como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces".

PROPOSICION DE LEY . Art. 1 Nº 3

Nº 3: "Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas".

Enmienda Nº 10: Partido AragonésDe Supresión:

Suprimir el término "genético" o "hereditario", pero no mantener ambos en el texto.

Enmienda Nº 73 del Partido Nacionalista VascoDe ModificaciónDe Sustitución:

"Ninguna manipulación genética podrá ser efectuada sobre el ser humano concebido si no es con el objeto de corregir malformaciones congénitas y/o afecciones que impidan el decurso natural de su efectivo nacimiento".

Enmienda Nº 224 del Grupo de Coalición PopularDe supresión.CAPITULO II : PRINCIPIOS GENERALESPROPOSICION DE LEY. Art.2

Nº1 : "Las técnicas de Reproducción Asistida se realizarán solamente:

- a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo para la salud de la mujer o la posible descendencia.
- b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas".

Enmienda Nº75 del Partido Nacionalista Vasco
De Sustitución:

Se propone sustituir este artículo por el siguiente:

"1. La donación de gametos y/o preembriones, deberá ser esencialmente gratuita, y sólo podrá ser efectuada por quienes tengan una capacidad de obrar. El contrato entre el donante y el establecimiento sanitario deberá formalizarse por escrito entre el Director responsable del centro hospitalario habilitado para la ejecución de las técnicas de reproducción asistida y el propio donante.

2. Desde el instante de la concepción el ser humano naciente tiene derecho a una tutela efectiva en su desarrollo, concretándose la misma en su inviolable derecho a nacer.

3. El equipo médico no se hará responsable de los problemas que de estas técnicas puedan derivarse siempre que hubieran sido realizadas correctamente y que las personas receptoras hubiesen recibido información pertinente tanto en cuanto a los riesgos previsibles para la descendencia y el previsible embarazo, como de las pruebas que se hubieran realizado a los donantes. El equipo médico sólo será responsable por culpa o negligencia de las malformaciones o taras que sufran las personas nacidas en virtud de las técnicas a que se refiere la presente Ley.

4. Los centros médicos autorizados por la Administración Central del Estado o las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, deberán estar coordinados en su funcionamiento y actuación".

Enmienda Nº 107 del P.Demócratacristiano
De Adición:

Añadir después de "mujeres" las palabras casadas y sanas.

Enmienda Nº 227 del G.de C.Popular
De Modificación al art.2º

1º Los principios fundamentales a que debe sujetarse la utilización de las técnicas de Reproducción Asistida Humana son las siguientes:

- a) La mujer receptora deberá ser mayor de edad, y reunir las condiciones idóneas que eviten riesgos para su salud o para su descendencia.
- b) En todo momento ha de velarse especialísimamente por los derechos e intereses físicos, psicológicos y materiales de los hijos que puedan nacer de los

empleos de estas técnicas, desde el momento mismo en que se proyecte el intento procreador.

2º El empleo de las citadas técnicas de reproducción se realizará en el seno del matrimonio o de la pareja heterosexual estable, entendiéndose por tal la que ofrezca una relación entre sus miembros y con respecto a la atención de los hijos, similar a la que es propia del matrimonio. En cualquier caso habrá de probarse fehacientemente la concurrencia de las antedichas circunstancias.

3º La participación en el uso de las técnicas, tanto de la mujer receptora como del donante si lo hubiere, será voluntaria, exigiéndole el adecuado asesoramiento y cuanta información concierna al empleo de las técnicas, lo cual constará documentalmente y será suscrito por la paciente y demás personas que intervengan directamente en el proceso, así por el cónyuge o el otro miembro de la pareja estable. Una vez prestada la libre aceptación e iniciado el proceso, es nula la revocación del consentimiento o la renuncia al hijo o hijos que nazcan.

Enmienda Nº 314 de Izquierda Unida
De Supresión

Enmienda Nº 334 del Centro Democrático Social
De Supresión a todo el art. 2º

Enmienda Nº 357 del Partido Socialista
De Adición:

Al apartado 1.a del art.2 , añadir la palabra "grave" detrás de la palabra "supongan riesgo".

PROPOSICION DE LEY. Art. 2 Nº2

Nº 2: "Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y riesgos previsibles . La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionen con las técnicas, y será de responsabilidad de los Equipos médicos y de los responsables de los Centros o Servicios sanitarios donde se realicen".

Enmienda Nº 36 del P. AragonésDe Sustitución:

"Quienes deseen recurrir a las técnicas de reproducción asistida o sean donantes deberán recibir una información y asesoramiento acerca de los...

La información se extenderá ... se relacionen con dichas técnicas.

La prestación de dicha información y asesoramiento será de responsabilidad de los ..."

Enmienda Nº 108 del P. Demócratacristianode Adición:

"Después de "realicen" añadir "según sus respectivas consecuencias".

PROPOSICION DE LEY. Art.2 Nº3

Nº 3: "La aceptación de la realización de estas técnicas o sus derivaciones por parte de los donantes o usuarios, deberá recogerse obligatoriamente en un formulario al efecto, cubierto y firmado por aquéllos previamente, y con capacidad y libertad para actuar.

Enmienda Nº2 del Partido LiberalDe Sustitución:

" Los donantes y usuarias deberán rellenar y firmar un formulario al efecto en que dejarán constancia de su capacidad y libertad para actuar y de su aceptación para participar en estas técnicas o sus derivaciones".

Enmienda Nº37 del P. AragonésDe Sustitución:

"La aceptación de la realización de estas técnicas o sus derivaciones, por parte de los donantes o usuarios, con capacidad y libertad para actuar, deberá extenderse obligatoriamente en formularios preparados al efecto y debidamente firmados por los interesados.

Enmienda Nº 109 del P. DemócratacristianoDe Adición:

Añadir al segundo párrafo que diga: " Tal formulario contendrá igualmente toda la información a que se ha aludido en el punto anterior, si bien su formulación escrita no excluirá la obligación de los Equipos médicos de dar toda la información oral necesaria".

PROPOSICION DE LEY. Art. 2 Nº4

Nº 4: "La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición".

Enmienda Nº 3 del P.Liberal
De supresión

Enmienda Nº 38 del P. Aragonés
De Sustitución:

"La petición de toda persona a la que se esté aplicando estas técnicas y solicite se suspendan en cualquier momento de su realización, será inmediatamente atendida".

Enmienda Nº 110 del P. Demócratacristiano
De Supresión

Enmienda Nº 292 de Minoría Catalana
De Adición:

"La mujer .../... petición, la suspensión no podrá practicarse una vez que se haya producido la concepción".

PROPOSICION DE LEY .Art.2 Nº5

Nº 5: "Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en Historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los posibles donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos".

Enmienda Nº 4 del P.Liberal
De Modificación:

"Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos".

Enmienda Nº 39 del P. Aragonés
De Sustitución:

"... que deberán ser tratadas con todas las reservas exigibles y con el estricto secreto de todos los datos, tanto en lo que respecta a la identidad de los donantes como de la entidad patológica de los usuarios".

Enmienda Nº 293 de Minoría Catalana

De adición:

Añadir la siguiente frase: "Sin perjuicio del derecho de éstos a conocer todos los datos relativos a su origen y a sus padres biológicos, salvo los de su específica y concreta identidad".

PROPOSICION DE LEY. Art.4º

1. Se prohíbe mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres donantes para realizar una FIVTE.
2. Se prohíbe transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas y de viabilidad.
3. Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

Enmienda Nº 77 del Partido Nacionalista Vasco

De Sustitución

Se propone la sustitución de este artículo por el siguiente:

"1. Transcurridos dos años de crioconservación de gametos y/o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los establecimientos sanitarios competentes. El destino inmediato de aquellos será para la fecundación y/o implantación efectiva en ulteriores trasplantes. Los preembriones crioconservados en un centro hospitalario autorizado que no hayan sido donados, quedarán a disposición de la pareja de la cual proceden, quienes podrán utilizarlos durante un plazo de dos años a partir de la crioconservación para una nueva gestación siempre que fueran viables y transferibles.

2. Quedará extinguido el derecho enunciado en el número anterior en los casos de incapacidades, ausencia o fallecimiento de uno de los cónyuges y en los de nulidad, divorcio o separación. En estos supuestos corresponderá decidir el destino de los preembriones conservados en el centro hospitalario

respectivo, procurando en todo caso su implantación en otra receptora.

3. Ninguna experimentación podrá ser efectuada sobre la persona del niño concebido si no es con la finalidad terapéutica de ayudar a la corrección de afecciones hereditarias y otras malformaciones congénitas que dificulten el proceso natural de viabilidad. De ningún modo dicha manipulación podría modificar los componentes de la personalidad en desarrollo de la vida naciente.

4. Los preembriones conservados no pueden ser dedicados para ninguna actuación médica de pura experimentación. Tampoco para investigaciones futuras con fines distintos a la efectiva implantación.

5. A todo proyecto de experimentación o manipulación genética sobre preembriones no viables, deberá proceder necesaria y preceptivamente el dictamen favorable de la Comisión Estatal o Autonómica, prevista en el artículo de la presente Ley que resulte competente, aprobando la investigación conforme a las líneas directrices de funcionamiento y criterios de actuación que autorice.

6. Los preembriones viables o no, en ningún caso podrán ser objeto de transacción comercial y, asimismo, quedan sustraídos al tráfico jurídico, incurriéndose en su caso a la responsabilidad que según el ordenamiento jurídico proceda".

Enmienda Nº 111 del P. Demócratacristiano

De sustitución.

Suprimir "preembriones" por "óvulos fecundados" o "huevos".

Enmienda Nº 229 del Grupo Coalición Popular

De supresión

Enmienda Nº 295 de Minoría Catalana

De Modificación:

Al art.4 Nº3: "Se prohíbe crear más embriones (preembriones) de los científicamente adecuados para el embarazo deseado".

Enmienda Nº 336 del CDS

De Sustitución:

"1. La transgresión de cualquiera de las prohibiciones establecidas en el artículo anterior dará lugar a que por la autoridad sanitaria administrativa se proceda al cierre inmediato de las instalaciones y a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio de los infractores y colaboradores directos durante el plazo de dos años.

2. Incurrirán en los delitos de los artículos 237 y 321 del C. Penal quienes quebrantasen el acuerdo de cierre de las instalaciones o la inhabilitación determinada".

Enmienda Nº 359 del P. Socialista

De Supresión:

De los apartados 1 y 2 del art. 4º

CAPITULO III.DE LOS DONANTES DE GAMETOS Y PREEMBRIONES

PROPOSICION DE LEY . Art. 5º

La donación de gametos y preembriones con fines reproductores se deberá a tener a los siguientes requisitos:

1º La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial, si bien deberán compensarse a los donantes los gastos que pudieran derivarse de la donación por pérdida de ingresos ocupacionales o gastos de desplazamiento.

Enmienda Nº 115 del P. Demócratacristiano

De Supresión:

Suprimir "si bien deberán compensarse a los donantes los gastos que pudieran derivarse de la donación por pérdida de ingresos ocupacionales o gastos de desplazamiento".

Enmienda Nº 231 del G. Coalición Popular

De Modificación:

Debe decir:

"1. Se permite la procreación mediante la aportación por donantes de semen u óvulos, cuando los efectos de esterilidad apreciados en la pareja a la que se refiere el nº2 del art.2 de nuestro texto alternativo, no pudieran subsanarse por otro medio.

2. La donación, que tendrá exclusivamente fines reproductores, se sujetará a las siguientes condiciones:

a) Será voluntaria y formalizada documentalmente, y deberá efectuarse por persona no inhabilitada legalmente, mayor de 18 años y menor de 35 años, y en la que concurren condiciones probadas de idoneidad en el previo examen médico. Si el donante está casado se precisa la aceptación de su cónyuge. La libre donación no podrá ser revocada a partir del momento en que los gametos hayan sido utilizados.

b) Se prohíbe cualquier carácter lucrativo en la donación, sea directa o indirectamente.

c) Los datos de identidad de los donantes, son secretos y amparados por la protección a que se refiere esta Proposición de Ley. El donante, la receptora y el hijo tienen derecho a exigir directamente responsabilidades penales y accesorias si se incumpliese el deber de secreto. Sólo podrán facilitarse informaciones que no incluyan datos que posibiliten la identidad personal.

d) El equipo técnico correspondiente aceptará o no la donación, en función de la idoneidad del donante, que en su caso, habrá de ser informado adecuadamente sobre los fines y consecuencias previsibles de la donación, que bajo ningún concepto afectará a la filiación paterna o materna a que se refiere el artículo 39 de nuestro texto alternativo.

e) Queda prohibida la mezcla de semen o la utilización de óvulos de distintos donantes para efectuar una misma FIVTE, asimismo, se limitará a un máximo de 6 el número de descendientes biológicos de un mismo donante.

f) La pareja que recurra a la aplicación de estas técnicas no podrá elegir donante, pero se le garantizará el más alto grado de similitud y de compatibilidad que sea posible entre éste y aquélla".

Enmienda Nº 338 del CDS

De Sustitución:

"Será hijo del matrimonio o de una pareja, el nacido por cualquiera de las técnicas expresadas en esta Ley, siempre que ambos cónyuges consientan expresamente y:

1. Se trate de espermatozoides y óvulos procedentes de los cónyuges o de la pareja
2. Se trate de sólo espermatozoides del varón y óvulo de una donante.
3. Se trate de sólo óvulo de la mujer, y espermatozoide de un donante.

Dichos cónyuges o parejas serán los padres a todos los efectos legales y así se inscribirá en el Registro Civil.

El consentimiento de los cónyuges o de la pareja habrá de constar en escritura pública. Cualquier otra forma de dar fe de la fecundación al consentimiento no producirá efectos".

Enmienda Nº 360 del P. Socialista

De Modificación:

"La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. Si bien se arbitrarán los medios necesarios para que la donación no sea en ningún caso gravosa para el donante.

PROPOSICION DE LEY. Art.5 Nº2:

Nº 2: "La donación sólo podrá realizarse en Centros y establecimientos autorizados para tales fines, y que se definirán como Bancos".

Enmienda Nº 116 del P. Demócratacristiano

De Sustitución:

Sustituir la palabra "bancos" por Laboratorios de Almacenamiento de Gametos.

PROPOSICION DE LEY. Art.5 Nº3

Nº 3: "Los donantes en ningún caso podrán reclamar ni serán reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a la paternidad o maternidad resultante de la donación siendo ésta inoperante a efectos jurídicos".

Enmienda Nº 78 del PNV

De Sustitución:

Se propone sustituir este apartado por el siguiente:

"Entre el hijo nacido en virtud de la aplicación de las técnicas de fecundación asistida y el donante no existirá en ningún caso vínculo de parentesco alguno. No se podrá adjudicar ninguna responsabilidad paterno/materno/filial que se derive de la filiación en ningún caso. En consecuencia, no se admitirá a trámite la demanda si su objeto fuera reclamar la filiación a titular del gameto y/o preembrión".

Enmienda Nº 117 del P. Demócratacristiano

De Supresión:

Suprimir "siendo esta inoperante a efectos jurídicos".

PROPOSICION DE LEY. Art.5 Nº4

Nº 4: "La donación no podrá ser revocada".

Enmienda Nº 361 del P. Socialista

De Modificación:

"La donación únicamente será revocable cuando el donante, por esterilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados que no hubieren sido utilizados. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Centro receptor".

PROPOSICION DE LEY. Art.5 Nº5

Nº 5: "El Banco de gametos o preembriones podrá rechazar una solicitud de donación cuando existan razones médicas para ello, o si se supone razonablemente que el donante o donantes pueden violar el secreto de la donación. En cualquiera de estos casos se comunicará al/los donantes el motivo de la no aceptación de la donación".

Enmienda Nº 118 del P. Demócratacristiano

De Sustitución:

Sustituir "preembriones" por "óvulo fecundado" o "huevo".

Enmienda Nº 296 de Minoría Catalana

De Modificación:

"El Banco de gametos o preembriones podrá rechazar solicitudes de cesión cuando existan razones médicas para ello".

PROPOSICION DE LEY. Art.5 Nº6

Nº 6: "La donación será siempre voluntaria y hecha por personas con capacidad para decidir libre y responsablemente, y se formalizará por escrito una vez que los donantes son aceptados como tales y han sido informados sobre sus fines y consecuencias".

Enmienda Nº 79 del PNV

De Sustitución:

Se propone sustituir este apartado por el siguiente:

"La donación será siempre voluntaria, gratuita e irrevocable y efectuada por personas con capacidad de obrar plena. El contrato entre donante y el Establecimiento sanitario debe formalizarse por escrito ante el Director del Centro hospitalario habilitado al efecto".

PROPOSICION DE LEY . Art. 5 Nº7

Nº 7: "Para aceptar la donación es preciso que la edad del donante oscile entre los dieciocho y los treinta y cinco años, y que su estado psicofísico resulte favorable según los términos de un protocolo generalizado y obligatorio, a realizar por los Equipos de los Centros o establecimientos sanitarios. Tal protocolo de estudio de los donantes tendrá un carácter general e incluirá las características fenotípicas del/de los donantes, con previsión de que no padezcan enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles".

Enmienda Nº 117 y 118 del P.Demócratacristiano

De Adición:

Añadir al final "El protocolo registrará la filiación de las fecundaciones realizadas".

Añadir después de "fenotípicas" las palabras "y genotípicas".

Enmienda Nº 362 del P. Socialista

De Modificación:

Del primer párrafo del apartado 7 del art.5, que será redactado como sigue:

"Se entenderán como edades más idóneas del donante las comprendidas entre los 18 y 35 años..."

PROPOSICION DE LEY . Art.5 Nº 8

Nº 8: "De un mismo donante de gametos sólo podrán nacer seis descendientes como máximo".

Enmienda Nº 121 del P. Demócratacristiano

De Supresión total

PROPOSICION DE LEY. Art.5 Nº 9

Nº9: "Los donantes de gametos o preembriones deberán comunicar si están casados o si forman pareja estable, en cuyo caso la donación deberá hacerse con el consentimiento de los dos miembros de tal unión".

Enmienda Nº 80 del PNV

A los apartados 9, 10, 11, 12 y 13 del art.5º

De sustitución:

Se propone la sustitución de estos apartados por el siguiente:

"El donante no deberá conocer la identidad del receptor y éste, asimismo, debe ignorar la identidad de aquél. El hijo, o sus representantes legales, la mujer receptora y su cónyuge tendrán derecho en todo caso a conocer las características fenotípicas, inmunológicas y otros datos biogenéticos del donante que consten en el respectivo centro hospitalario. Si fuera preciso conocer la identidad del donante para evitar riesgo inminente para la vida del hijo, aquélla podrá ser revelada a efectos oportunos.

En ningún caso se originará relación de parentesco alguna entre el donante progenitor y el hijo nacido en virtud de la aplicación de las técnicas de fecundación asistida".

Enmienda Nº 122 del P. Demócratacristiano

De Supresión total

Enmienda Nº 315 de Izquierda Unida

De Supresión

PROPOSICION DE LEY Art.5 Nº 10

Nº 10: "La donación de semen, y a ser posible la de óvulos o preembriones, deberá ser anónima, custodiándose los datos de la identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos oportunos y en el Registro Nacional de donantes".

Enmienda Nº 123 del P. Democratacristiano

De Sustitución:

"Los datos de los donantes de semen u óvulos deberán constar en el Registro Nacional de Donantes. Sólo podrán tener acceso a estos datos los receptores y los hijos nacidos o su representante legal".

Enmienda Nº 363 del P. Socialista

De Supresión:

Se suprimen las palabras "y a ser posible".

PROPOSICION DE LEY . Art.5 Nº 11

Nº 11: "Se prohibirá y sancionará desvelar la identidad de los donantes de semen. Sólo cuando se den circunstancias

extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo nacido, deberá ceder el secreto de la donación en aras de aquel interés preeminente, sin que ello implique reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante".

Enmienda Nº 124 del P. Demócratacristiano

De Supresión:

Suprimir todo lo escrito a partir del término "preeminente".

Enmienda Nº 297 de Minoría Catalana

De Adición:

Añadir "o para la salud", entre "vida" y "del hijo nacido".

Enmienda Nº 364 del P. Socialista

De Modificación:

Del párrafo 2º del apartado 11 del art. 5, con lo que la redacción global será la siguiente:

"Se prohibirá y sancionará desvelar la identidad de los donantes de semen. Sólo excepcionalmente, en circunstancias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante".

PROPOSICION DE LEY . Art. 5 Nº 12

Nº 12: "La donación de óvulos deberá mantenerse en secreto, pese al ámbito más abierto de la donación"

Enmienda Nº 125 del P. Demócratacristiano

De Supresión total.

Enmienda Nº 365 del P. Socialista

De Supresión

PROPOSICION DE LEY . Art. 5 Nº 13

Nº 13: "No será divulgada ninguna información respecto de los donantes o de los receptores, o de las exploraciones o técnicas de que hayan sido objeto, para ningún fin, salvo

que los receptores o hijos nacidos, sus padres, representantes legales o tutores soliciten información general de los donantes que no incluyan su identidad".

Enmienda Nº 126 del P. Demócratacristiano

De supresión:

Suprimir la frase "que no incluya su identidad".

PROPOSICION DE LEY . Art. 5 Nº 14

Nº 14:" Los donantes nunca intervendrán en el traslado del material donado de un Centro o establecimiento sanitario o de otro".

PROPOSICION DE LEY Art.5 Nº 15

Nº 15:" Se prohibirá la obtención de preembriones por lavado uterino y su donación para fines reproductores".

Enmienda Nº 127 del P. Demócratacristiano:

De Supresión total.

Enmienda Nº 366 del P. Socialista

De Supresión.

PROPOSICION DE LEY. LAS USUARIAS DE LAS TECNICAS: ART.6

Nº1: "Se entenderán como edades más idóneas de la mujer para la procreación, las comprendidas entre los dieciocho y treinta y cinco años. Fuera de estos límites de edad, la mujer que desee utilizar estas técnicas de Reproducción Asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivado de la edad inadecuada".

Enmienda Nº 6 del P. Liberal

De Modificación:

"La mujer que desee utilizar las técnicas de reproducción asistida deberá ser informada, en su caso, de los posibles riesgos que su edad pueda representar para la descendencia o para el curso del embarazo".

Enmienda Nº 81 del FNV

De Sustitución:

"Sólo la mujer componente de la pareja unida por vínculo matrimonial o estable es destinataria efectiva de las técnicas de fecundación humana asistida. Para la admisión de estas técnicas en mujeres que superen los cuarenta años deberá contarse con la preceptiva autorización de las Comisiones competentes de las reguladas en el artículo que decide la conveniencia práctica a tenor de los riesgos para la descendencia y en el posible embarazo".

Enmienda Nº 316 de Izquierda Unida

De Supresión:

Suprimir el 2º inciso del art.6.1

Enmienda Nº 339 del CDS

De Supresión

PROPOSICION DE LEY. Art.6 Nº 2

Nº 2:"Las usuarias de estas técnicas no podrán escoger los donantes, cuya elección es responsabilidad del Equipo médico que las realiza".

Enmienda Nº 7 del P. Liberal

"De Supresión.

Enmienda Nº 128 del P. Demócratacristiano

De Sustitución:

Nueva redacción: "El equipo médico deberá seleccionar aquellos donantes que tengan la mayor similitud fenotípica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la receptora que en último es quién podrá decidirse por una de las alternativas que se le presenten".

PROPOSICION DE LEY Art. 6 Nº3

Nº 3:"Se deberá garantizar que los donantes tengan la mayor similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y con el varón con quien constituye matrimonio o pareja estable".

Enmienda Nº 129 y 130 del P. Demócratacristiano

De Adición:

Después de "fenotípica" añadir "y genotípica"

De Supresión:
Suprimir "o pareja estable".

PROPOSICION DE LEY Art.6 Nº 4

Nº 4:"Las receptoras de gametos o preembriones y el varón de la pareja o matrimonio que constituyen, tienen derecho a conocer determinadas características de o de los donantes, su estado de salud, el fenotipo, el grupo sanguíneo y el grupo étnico, pero no su identidad".

Enmienda Nº 8 del P. Liberal
Enmienda de Modificación:

"Las receptoras de gametos o embriones y sus esposos tienen derecho a conocer determinadas características de los donantes, su estado de salud, sus rasgos genotípicos y su grupo sanguíneo. Podrán participar en la elección del donante, expresando su preferencia por ciertas características que consideran deseables, pero nunca se les revelará la identidad".

Enmienda Nº 82 del PNV
A los apartados 4 y 5 del art.6
De Sustitución:

"Los receptores de gametos o preembriones y su cónyuge tienen derecho a conocer determinadas características de o de los donantes, su estado de salud, el fenotipo, el grupo sanguíneo y el grupo étnico, pero no su identidad, salvo que el propio donante consienta. Asimismo, los receptores deberán ser informados sobre cuantas pruebas se hayan realizado al o a los donantes y también sobre las pruebas y actuaciones técnicas a que ella es sometida".

Enmienda Nº 131 del P. Demócratacristiano
De Sustitución:

"Las receptoras y sus maridos tienen derecho a conocer todos los datos relacionados con el donante".

PROPOSICION DE LEY: Art.6 Nº 5

Nº 5:"La mujer y el varón con el que constituye matrimonio o pareja estable, deberán ser informados sobre cuantas pruebas se hayan realizado al o los donantes, y también

sobre las pruebas o actuaciones técnicas a que ella es sometida".

Enmienda Nº 132 del P. Demócratacristiano
De Supresión total.

PROPOSICION DE LEY: LOS PADRES Y LOS HIJOS

Art. 7º

Nº1. "Se deberá considerar como pareja estable a la pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio, y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquél".

Enmienda Nº 9 del P. Liberal
De Supresión.

Enmienda Nº 133 del P. Demócratacristiano
De Supresión total.

Enmienda Nº 233 del G. Coalición Popular
De Supresión a todo el art.7º

Enmienda Nº341 del CDS
De Sustitución:

"La donación de óvulos o espermatozoides no genera derechos ni obligaciones en relación a los donantes".

Enmienda Nº 367 del P. Socialista
De Adición:

Al art.7 se le añade un nuevo apartado 1, que en consecuencia modifica la numeración de los apartados del artículo.

"1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, salvo de las especialidades contenidas en este capítulo".

PROPOSICION DE LEY. Art.7 Nº2

Nº 2:"Antes de la realización de estas técnicas, intervengan en ellas donantes o no, se deberá contar con el consentimiento escrito, tanto de la mujer receptora como del varón con el que constituye matrimonio o pareja estable".

Enmienda Nº 83 del PNV

De Sustitución:

Se propone su sustitución por el siguiente texto:

"En el supuesto de inseminación y/o fecundación homóloga, el hijo nacido constante el matrimonio queda amparado bajo la presunción prevista en el art.116 del C.Civil, siempre que los cónyuges hubieran prestado su consentimiento.

En el supuesto de inseminación y/o fecundación heteróloga el consentimiento del varón, cualquiera que sea la forma en que se ha prestado supone un reconocimiento expreso de su paternidad. En tal sentido, probado dicho consentimiento, el marido o varón de la pareja estable no podrá destruir posteriormente la presunción de paternidad mediante una declaración auténtica en contrario".

Enmienda Nº 134 del P. Demócratacristiano

Al artículo 7 apartados 2, 3 y 4

De Supresión:

Suprimir de "pareja estable".

Enmienda Nº 368 del P. Socialista

De Adición:

Al nuevo apartado 2 del art.7. Se añade al comienzo del apartado la frase subrayada: "A los efectos de esta ley se deberá considerar como pareja estable".

PROPOSICION DE LEY: Art. 7 Nº3

Nº 3:"El matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas de Reproducción Asistida, con colaboración de donante o sin ella, serán los padres legales del hijo o hijos así nacidos, siempre que hayan dado consentimiento previo y fehaciente una vez conocidos todos los términos de la utilización de las técnicas a que hace referencia este Anteproyecto de Ley o las normas que lo desarrollen".

Enmienda Nº 134 del P. Democratacristiano

De Supresión:

Suprimir "pareja estable".

Enmienda Nº 340 del CDS

De Sustitución:

"Será hijo extramatrimonial, sólo de una persona (varón o mujer), el nacido de:

1. Espermatozoide de dicha persona y óvulo de donante.

2. Ovulo de dicha persona y espermatozoide de donante.

PROPOSICION DE LEY: Art 7 Nº4

Nº 4: "El varón de un matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas con intervención de donantes, sin que él haya dado su consentimiento previo y fehaciente, o cuando éste fue desatendido probadamente en sus términos sustanciales, podrá renunciar al hijo o hijos así nacidos, que será/n registrado/s como sin padre".

Enmienda Nº 84 del PNV

De Sustitución:

"El cónyuge de la receptora podrá oponerse a la presunción de paternidad si no hubiese mediado consentimiento, permitiéndole impugnar la paternidad conforme al articulado vigente de la filiación".

Enmienda Nº 135 del P. Demócratacristiano

De Supresión total

Enmienda Nº369 del P. Socialista

De Supresión y Adición:

Se suprime el apartado 4 del art.7º que se sustituye por los nuevos apartados 5 y 6. En consecuencia, el apartado 5 de la Proposición se convierte en apartado 7.

"5. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

6. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art.49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o Establecimiento autorizado, en el que se refleja el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación de paternidad".

PROPOSICION DE LEY: Art.7 Nº 5

Nº 5: "La condición de padres, previa y fehacientemente consentida, no podrá anularse, aunque los hijos nacieran con taras o enfermedades hereditarias".

Enmienda Nº 85 del PNV
De Supresión

PROPOSICION DE LEY : Art.8

Nº1: "Los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción tienen derecho a exigir la protección de los padres legales".

Enmienda Nº 86 del PNV
De Supresión

Enmienda Nº 234 del G. Coalición Popular
De Modificación de todo el art.8:

Debe decir:

"1. A todos los efectos legales, los miembros del matrimonio o pareja estable a que se refiere el art.29 de nuestro texto alternativo, serán la madre y el padre del hijo o hijos nacidos a consecuencia del empleo de las Técnicas de Reproducción Asistida Humanas y así se inscribirán en el Registro Civil. La negativa al reconocimiento de la paternidad, sólo prosperará cuando se pruebe que no concurrió el libre consentimiento previo, previsto en el art. precedente (art.2 de nuestro texto alternativo) sin perjuicio de la responsabilidad en que se hubiere incurrido.

2. Los hijos nacidos a consecuencia del empleo de estas técnicas, tienen derecho a la filiación materna y paterna en los términos indicados, así como al reconocimiento de todos los derechos y obligaciones que se deriven de dicha filiación.

3. La acción de filiación sólo procederá, en estos casos, para su eventual reconocimiento en los términos establecidos en los números precedentes. A su mayoría de edad, los hijos procreados con la aportación genética de donantes, podrán ejercer el derecho a conocer sus características generales".

Enmienda Nº 342 del CDS
De Sustitución:

"Sólo podrán donar espermatozoides u óvulos las personas mayores de edad o menores emancipadas. La donación es irrevocable.

El anonimato con relación con los donantes de espermatozoides, óvulos y embriones será absoluto, quedando además prohibida su individualización con relación a la persona concreta y determinada".

PROPOSICION DE LEY: Art. 8 Nº2

Nº 2: "Los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción serán inscritos en el Registro Local sin que quede constancia de ningún dato sobre su origen biológico, aunque en él hayan intervenido donantes".

Enmienda Nº 298 de Minoría Catalana

De Sustitución:

Sustituir la expresión "Registro Local" por "Registro Civil".

Enmienda Nº 370 del P. Socialista

De Modificación:

En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.

PROPOSICION DE LEY: Art. 8 Nº 3

Nº 3: "El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo gestó y del varón con el que ésta constituye matrimonio o pareja estable, siempre que éstos lo hayan aceptado previamente en los términos de este Anteproyecto de Ley".

Enmienda Nº 136 del P. Demócratacristiano

De Supresión:

Suprimir "pareja estable" y todo lo que sigue.

Enmienda Nº 344 del CDS

"El nacido por medio de cualquiera de las técnicas indicadas tendrá todos los derechos que las leyes reconocen a los hijos matrimoniales o, en su caso, extramatrimoniales.

El nacido sin el consentimiento del otro cónyuge será hijo extramatrimonial".

PROPOSICION DE LEY: Art.8 Nº4

Nº4: "No se podrá ejercer acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer correspondiente, previamente y por escrito, y si tal consentimiento no ha sido defraudado sustancialmente"

Enmienda Nº 87 del PNV

De Sustitución:

Se propone la sustitución por el siguiente texto:

"La prestación formal del consentimiento por parte de los miembros de la pareja casada o estable en las técnicas de fecundación humana asistida les priva de acción para impugnar la filiación. La determinación de la filiación se producirá por los medios ordinarios.

Nadie podrá reclamar una filiación que contradiga otra determinada como consecuencia de la fecundación humana".

Enmienda Nº 137 del P. Demócratacristiano

De Supresión total

PROPOSICION DE LEY: Art. 8 Nº5

Nº 5: "Los hijos nacidos con la contribución de donantes, tendrán derecho, llegada la mayoría de edad a conocer las características generales de los donantes pero no su identidad".

Enmienda Nº 10 del P. Liberal

De Modificación:

"Los hijos nacidos con la contribución de donantes tendrán derecho llegada la mayoría de edad, a conocer la historia médica y genética del donante y los datos que hace referencia el art.5 apartado 5 de esta Ley. En caso de profunda necesidad médica o psicológica, el juez podrá acordar le sean revelados los datos de identidad personal del donante".

Enmienda Nº 88 del PNV

De Supresión

Enmienda Nº 138 del P. Demócratacristiano

De Sustitución:

Suprimir los términos "pero no " por la conjunción "y".

Enmienda Nº 343 del CDS

"El nacido por medio de estas técnicas indicadas no tendrá derecho, en relación con la donación, a investigar más allá del conocimiento de la utilización de estas técnicas para su formación"

PROPOSICION DE LEY: Art.9 (se refiere a la fecundación post mortem)

Nº1: "Los miembros de un matrimonio o pareja estable deberán expresar por escrito si el material reproductor crioconservado se podrá utilizar por el otro miembro de la pareja, cuando ellos hayan fallecido, y con fines reproductores".

Enmienda Nº 89 del PNV

De Sustitución a los apartados 1, 2, 3 y 4 del art.9.

Debe redactarse:

"La inseminación artificial y/o fecundación humana asistida sólo podrá efectuarse en vida de ambos cónyuges".

Enmienda Nº 139 del P. Demócratacristiano

Enmienda de Supresión total a los Nº 1, 2, 3 y 4 del art.9

Enmienda Nº 235 del G. Coalición Popular

De Supresión a todo el art.9

Enmienda Nº 345 del CDS

De Modificación:

"Producido el fallecimiento del marido, la mujer no podrá ser fertilizada por cualquiera de estas técnicas recogidas en esta ley, con semen del marido, salvo que por escritura pública o por testamento, aquel lo hubiera consentido, en cuyo caso, necesariamente habrá de realizarse dentro del plazo de 300 días desde la muerte del marido".

Enmienda Nº 371 del P. Socialista

De Modificación:

De los apartados 1, 2 y 3 del art.9, que pasan a ser nuevos apartados 1, 2, 3 y 4. Con ello, el apartado 4 del artículo 9 de la proposición de Ley pasa a ser el apartado 5:

"1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a

su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del art. 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

4. El consentimiento para la utilización de las técnicas con su material reproductor, prestados por los miembros del matrimonio o pareja, podrá ser revocado en cualquier momento anterior a su utilización efectiva".

PROPOSICION DE LEY: Art. 9 Nº2

Nº2:" Los hijos nacidos por estas técnicas con material reproductor del varón, cuando este material no esté en el útero de la mujer con la que está vinculado por matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte del varón, no serán tomados en consideración a fines de sucesión o herencia del fallecido".

Enmienda Nº 140 del P. Demócratacristiano
De Modificación al art. 9.2, 3 y 4:

En caso de no admitirse la enmienda de supresión, se presenta la siguiente:

"Los hijos nacidos... en la fecha de la muerte del varón tendrán los derechos sucesorios que les corresponden legalmente".

PROPOSICION DE LEY: Art. 9 Nº3

Nº 3:"Los hijos nacidos con material reproductor de la mujer, cuando éste fue utilizado por el marido o varón de la pareja que aquélla constituía después de que haya fallecido, no serán tomados en consideración a efectos de sucesión o herencia de la fallecida".

Enmienda Nº 299 de los de Minoría Catalana
De Supresión.

PROPOSICION DE LEY: Art. 9 Nº4

Nº 4: "Para establecer la progenitura de los niños nacidos por donación de preembriones, se tendrá en cuenta la fecha en que nacieron, y no el momento de la fecundación <in vitro> de los óvulos correspondientes. El mismo criterio operará con los hijos nacidos por utilización *post-mortem* de los gametos del varón fallecido o de los óvulos, fecundados con su semen, de la mujer con la que constituyó matrimonio o pareja estable".

PROPOSICION DE LEY: DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA

Nº1. "La mujer sola podrá recurrir a estas técnicas de Reproducción Asistida si padece una esterilidad irreversible que las justifique, con cargo a la sanidad pública, en los centros sanitarios públicos, concertados o vinculados a ella".

Enmienda Nº 43 del P. Aragonés
De Supresión.

Enmienda Nº 94 del PNV
De Supresión

Enmienda Nº 171 del P. Demócratacristiano
De Supresión total

Enmienda Nº 250 del G. Coalición Popular
De Supresión

Enmienda Nº 306 de Minoría Catalana
De Supresión

Enmienda Nº 325 de Izquierda Unida
De Supresión

PROPOSICION LE LEY: DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA

Nº2 "La mujer sola no estéril podrá recurrir a la inseminación artificial con semen de donante, con gastos a su cargo".

Enmienda N° 252 del G. Coalición Popular
De Supresión

Enmienda N° 326 de Izquierda Unida
De Supresión

PROPOSICION DE LEY: DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA

Nº 3: "Para autorizar la aplicación de estas técnicas de reproducción a la mujer sola, los Centros y Servicios Sanitarios habrán de recibir previamente de la mujer la información documental de que no está casada ni constituye pareja estable, así como de que puede mantener y educar dignamente a la posible descendencia, facilitándole el adecuado ambiente de bienestar y evitando que los así nacidos puedan ser vejados o discriminados socialmente por causas ostensibles y notorias con ella relacionadas".

Enmienda N° 252 del G. Coalición Popular
De Supresión

Enmienda N° 381 del P. Socialista
De Modificación:

"Para autorizar la aplicación de estas técnicas a la mujer sola deberá acreditar sus condiciones personales y sociales y sus medios de vida".

PROPOSICION DE LEY: DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA

Nº 4: "Los hijos nacidos de mujer sola por estas técnicas serán registrados como sin padre, sin hacer ninguna referencia a su origen biológico"

Enmienda N° 382 del P. Socialista
De Supresión

PROPOSICION DE LEY: DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA

Nº 1: "Se prohíbe la utilización de las técnicas de Reproducción Asistida para la gestación de sustitución".

Enmienda Nº 259 del G.Coalición Popular

De Adición:

"Si aún con infracción a lo dispuesto en la presente proposición de Ley, se produjese una gestación asistida y el subsiguiente nacimiento será madre legal la gestante, en tales casos, se presumirá la paternidad legal del marido o varón de la pareja estable de que aquella forma parte, salvo prueba en contrario de no haber prestado su consentimiento ni de haber tenido conocimiento previo del sometimiento de la mujer a la práctica de las técnicas de fecundación asistida".

Enmienda Nº 383 del P. Socialista

De Adición:

Al apartado 1 de la Disposición Adicional segunda, un nuevo párrafo, quedando redactado así:

"1. Se prohíbe la utilización de las técnicas de reproducción asistida para la gestación de sustitución. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga, con precio o sin precio, la misma".

PROPOSICION DE LEY: DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA

Nº 2: "Serán objeto de sanción administrativa, civil o penal, según la responsabilidad sancionable contraídas con sus actuaciones, las personas que de un modo u otro participen en un acuerdo de gestación de sustitución, así como las agencias o instituciones que las propicien, los Equipos biomédicos que las realicen y los Centros o Servicios donde éstos actuaren con tal finalidad".

Enmienda Nº 260 del G. Coalición Popular

De Adición:

"La acción para el reconocimiento de la filiación que asiste a los hijos fruto de la aplicación de estas técnicas se reconoce también a sus descendientes".

PROPOSICION DE LEY: DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA

Nº 3: "Si pese a ello se realiza la gestación de sustitución y hubiere descendencia, la madre legal será la gestante, los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la solicitud de paternidad".

Enmienda Nº 384 del P. Socialista

De Modificación:

Del apartado 3º de la Disposición Adicional Segunda que queda redactado como sigue:

"3. Si pese a ello se realiza la gestación de sustitución y hubiere descendencia, la madre legal será la que dió a luz y los hijos serán registrados sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad".

4.-TRAMITACION EN EL SENADO:

El texto de la Proposición de Ley enviada por el Congreso de los Diputados ingresó en el Senado el día 31 de mayo de 1988 y ese mismo día se publicó en el B.O.C (Senado), con el Nº 203 (a). En el mismo boletín se ordenó la remisión de la misma a la Comisión de Sanidad y Seguridad Social y se abrió plazo para presentar enmiendas hasta el día 13 de junio, siendo posteriormente ampliado hasta el 17 de junio.

A la Proposición se le formularon tres propuestas de veto, presentadas por el Grupo Parlamentario de senadores de la Democracia Cristiana, Coalición Popular y Nacionalista Vasco.

Los senadores de la Democracia Cristiana justificaron su propuesta de veto sobre la base de:

- incoherencia del texto legal con la pretensión deducida de la exposición de motivos
- vulneración de principios éticos-sociales sobre el régimen de la pareja matrimonial, al extenderse a parejas estables no vinculadas por matrimonio

- antagonismo entre la filosofía sobre el comienzo de la vida que impregna la Proposición y la que inspira la ideología demócrata-cristiana sobre el particular (13).

Coalición Popular justificó su propuesta de veto porque:

- no cabe regulación legal alguna bajo la rúbrica de este proyecto,
- la vida humana no puede ser objeto de tráfico jurídico; el contrato bilateral o multilateral sería ilícito,
- el proyecto atenta contra los derechos del niño y chocaría con el derecho a la investigación de la paternidad, amparado por la Constitución en su art.39 (14).

A su vez, el Grupo Nacionalista Vasco justificó su propuesta de veto sobre la base de los siguientes argumentos:

- si la materia objeto de investigación constituye una entidad humana, en ningún momento podrá ser tratada como algo, sino como alguien. En este sentido, debe ser respetada la naturaleza humana del preembrión desde que ha habido concepción.
- Considerando que el Derecho se mueve dentro de una cosmovisión deontológica, al resolver los conflictos de intereses que se plantean, existe en esta materia un imperativo categórico: la no subordinación del ser virtualmente nacedero, a otros intereses que, quizá, son muy atendibles, pero no superiores en significación ontológica, racional y ético-moral al bien del hombre "in fieri".

- En definitiva, el ser humano no puede constituir, en ningún caso, un objeto de satisfacción de una finalidad específica distinta de la que aquél constituye en sí mismo (15).

Con fecha 22 de junio de 1988 fueron publicados en el B.O.C (Senado), las ciento sesenta y ocho enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios del Centro Democrático Social, de la Democracia Cristiana, de Coalición Popular, del Partido Liberal, de Convergencia i Unió, Socialistas y Nacionalista Vasco. Tanto Izquierda Unida como el Partido Aragonés Regionalista no presentaron enmiendas.

Llama la atención que las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular en el Congreso de los Diputados y en el Senado tengan posiciones distintas. Es así como en las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados se señalaba que:

- El empleo de las técnicas de reproducción asistida se realizará en el seno del matrimonio o de la pareja heterosexual estable, definiendo que se entendía por pareja estable.
- Se aceptaba la inseminación artificial y la FIVTE con donación de gametos.
- Los hijos nacidos a consecuencia del empleo de estas técnicas con aportación de donante, tendrán derecho, a su mayoría de edad, a conocer sus características generales, pero no la identidad del donante (16).

Sin embargo, en el Senado, Coalición Popular señaló que:

- El empleo de estas técnicas sólo se realizará en el seno del matrimonio.
- No aceptan el contrato de donación de gametos por considerarlo ilícito, ya que la vida humana no puede ser objeto de tráfico jurídico.
- Estiman que el hijo nacido por estas técnicas a través de la donación tiene derecho a investigar la paternidad, basándose en el art. 39 de la CE.

La Ponencia designada por la Comisión de Sanidad y Seguridad Social para estudiar la Proposición de Ley, aceptó por mayoría todas las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista -de la 109 a la 121-, una del Centro Democrático Social, la Nº 65 y emitió un Informe el día 9 de septiembre, siendo publicado en el B.O.C (Senado) el día 14 de septiembre de 1988.

En la Comisión de Sanidad y Seguridad Social se discutió el Informe emitido por la Ponencia, donde se aceptó la enmienda Nº 69 del Centro Democrático Social y otras enmiendas de aproximación a diferentes enmiendas de diversos Grupos Parlamentarios. Luego de la discusión, se emitió un dictamen que fue publicado en el B.O.C (Senado), el 21 de septiembre de 1988.

El 27 de septiembre, en Sesión de Pleno del Senado se discutieron los vetos presentados por el Grupo Nacionalista Vasco, Coalición Popular y Democracia Cristiana. Los tres vetos a la Proposición fueron rechazados por el Senado. Obteniendo el PNV setenta y siete votos a favor, ciento veintiuno en contra y una abstención ; Coalición Popular

obtuvo sesenta y dos votos a favor, ciento veinticuatro en contra, quince abstenciones; la Democracia Cristiana obtuvo sesenta y dos votos a favor, ciento veintitres en contra y quince abstenciones.

También en esta Sesión y en la del día siguiente se discutió el Dictamen de la Comisión de Sanidad y Seguridad Social, siendo éste aprobado sin modificaciones, salvo una corrección gramatical en el punto II de la Exposición de Motivos.

Las enmiendas aprobadas por el Senado y la correspondiente exposición motivada fueron remitidas al Congreso de los Diputados, siendo publicadas en el B.O.C (Congreso de los Diputados) el 7 de octubre de 1988.

Las enmiendas aprobadas por el Senado, en relación con el presente estudio, son las siguientes:

- en el art. 1.2 desaparece el adjetivo "fundamental" que acompaña al sustantivo "finalidad" (las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ...), con el objeto de delimitar con mayor exactitud el alcance de la Proposición de Ley.
- Se da nueva redacción al apartado 3 del art.2
- Se modifica la rúbrica del Capítulo III, que pasa a llamarse "de los donantes", desapareciendo la mención de "gametos y preembriones".
- Se hace referencia en el apartado 5 del art.5, al art.8 y no al art.5 como hacía equivocadamente.
- Se redacta un art.6, que recoge parcialmente el contenido

de la Disposición Adicional Primera del texto remitido por el Congreso de los Diputados.

- Son modificados los arts. 7º y 8º sobre filiación, adecuándolos a las normativas del Código Civil en materia de filiación y Registro Civil.
- Al apartado 4 del art.9º se le da una nueva redacción
- En el final del Capítulo III se introduce el art. 10, que prohíbe la maternidad de sustitución que se encontraba regulada en la Disposición Adicional Segunda. Por tanto, desaparecen las Disposiciones Adicionales del texto enviado por el Congreso de los Diputados, al recogerse parcialmente su contenido en los arts. 6 y 10 del texto aprobado en el Senado.

El día 20 de octubre de 1988, en Sesión de Pleno en el Congreso de los Diputados, se discutieron las enmiendas aprobadas a la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Fueron aprobadas todas, excepto dos del art.1, por ciento cincuenta votos a favor, noventa y seis en contra y cuatro abstenciones. La enmienda al apartado dos del art.1 fue rechazada por doscientos treinta y ocho votos, cuatro a favor y seis abstenciones.

Con fecha 31 de octubre de 1988, se publicó en el B.O.C. el texto definitivo de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida aprobada por el Congreso de los Diputados.

5.- CRONOLOGIA DE LA TRAMITACION DE LA LEY

- 9 de Mayo de 1987: Publicación en el B.O.C de la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y da a conocer su admisión a trámite.
- 16 de Diciembre de 1987: El Pleno de la Cámara acuerda tomar en consideración la Proposición presentada por el Grupo Socialista.
- 28 de Diciembre de 1987: La Mesa de la Cámara acuerda encomendar la aprobación de la Proposición a la Comisión de Política Social y Empleo con competencia legislativa plena. Se abre plazo de 15 días hábiles para la presentación de enmiendas. Se amplía tres veces el plazo.
- 7 de Marzo de 1988: Ultima fecha para presentar enmiendas.
- 14 de Abril : Discusión en el Pleno del Congreso de los Diputados sobre textos de enmienda a la totalidad y alternativos a la Proposición.
- 20 y 27 de Abril : Reunión de la Ponencia para estudiar la Proposición y las enmiendas presentadas
- 28 de Abril :Publicación en el B.O.C del índice de enmiendas relativo a la Ponencia
- 13 de Mayo :Publicación en el B.O.C del Informe emitido por la Ponencia
- 18 de Mayo :Aprobación y discusión del Informe emitido por la Ponencia en la Comisión de Política Social y Empleo.
- 27 de Mayo :Publicación en el B.O.C del texto aprobado por la Comisión de Política Social y Empleo.
- 31 de Mayo :Ingresa en el Senado la Proposición de Ley enviada por el Congreso de los Diputados. Se abre plazo para presentar enmiendas.
- 13 de Junio :Fecha límite para presentar enmiendas. Se amplía el plazo una vez.

17	de Junio	:Ultima fecha para presentar enmiendas
22	de Junio	:Publicación en el B.O.C (Senado) de las propuestas a veto presentadas a la Proposición. Publicación de las 162 enmiendas
9	de Septiembre	:Reunión de la Ponencia para estudiar la Proposición y las enmiendas
14	de septiembre	:Publicación en el B.O.C (Senado) del Informe emitido por la Ponencia
21	de Septiembre	:Publicación del Dictamen emitido por la Comisión de Sanidad y Seguridad Social en el B.O.C (Senado)
27	de Septiembre	:Discusión y votación de los vetos presentados en Sesión de Pleno del Senado
28	de Septiembre	:Discusión y votación del Dictamen emitido por la Comisión de sanidad y Seguridad Social en Sesión de Pleno del Senado
7	de Octubre	:Publicación en el B.O.C (Diputados) de las enmiendas a la Proposición aprobadas por el Senado y correspondiente mensaje
20	de Octubre	:Discusión y votación de las enmiendas aprobadas por el Senado en Sesión de Pleno del Congreso de los Diputados
31	de Octubre	:Publicación en el B.O.C (Diputados) del texto definitivo de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

6.- LEY SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA:

El 24 de noviembre de 1988 se publicó en el Boletín Oficial del Estado Nº 282, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre "Técnicas de Reproducción asistida" . En esta publicación se omitió el rechazo del Pleno del Congreso de los Diputados a la enmienda aprobada en el Senado, referente al art. 1.2, que eliminaba el adjetivo "fundamental" que acompaña al sustantivo "finalidad" ("Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana..." se leía en la norma publicada). Si se hubiera mantenido así la eliminación de la palabra fundamental, se habría producido un contrasentido porque, de una parte, se establecía que sólo podían ser usuarias de estas técnicas las mujeres que padecen esterilidad o una enfermedad de origen genético o hereditario y, de otra, en el art.6º se dice que toda mujer podrá ser receptora sin exigírsele el requisito de esterilidad. Por tanto, se estaría ampliando el ámbito de aplicación y el art. 6º tendría una inconsistencia jurídica.

El error fue rectificado en la corrección del Boletín Oficial del Estado el 26 de noviembre de 1988.

La Ley aprobada consta de:

- Una Exposición de Motivos que contiene, a su vez, cuatro apartados.
- Siete capítulos distribuidos en veintiún artículos:

El capítulo I se refiere al "Ambito de aplicación de las técnicas de Reproducción Asistida" (art. 1º)

El capítulo II contiene los principios generales: arts. 2º, 3º y 4º

EL capítulo III se refiere:- a los donantes (art.5º)

- a usuarias de las técnicas (art. 6º).

- los padres y los hijos (del art. 7º al 10º)

El capítulo IV trata de : - la crioconservación y otras técnicas (art.11º)

- diagnóstico y experimentación (del art. 11º al 13º)

- investigación y experimentación (del art. 14º al 17º)

El capítulo V se refiere a los Centros Sanitarios y equipos biomédicos (arts. 18º y 19º).

El capítulo VI trata de las infracciones y sanciones (art.20º).

El capítulo VII se refiere a la Comisión Nacional de Reproducción Asistida (art. 21º).

- Una Disposición Transitoria en la que se establece que el Gobierno tendrá plazo de seis meses para armonizar la Ley con las Comunidades Autónomas.

- Cuatro Disposiciones Finales

A lo largo, de este trabajo analizaré los capítulos I,II y III, que son los que se refieren al tema que estoy tratando.

Un tema que llama la atención en esta Ley es el de las sanciones para los que la infrinjan. Dice el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley: "(...) Los avances científicos, por su parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Se hace preciso una revisión o valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del Derecho allí donde proceda...". Entre este apartado y el contenido de la Ley no existe correspondencia, puesto que el vacío señalado en el ámbito administrativo y penal no ha sido llenado.

El capítulo VI de la LTRA que trata de las infracciones y sanciones nos remite a la Ley General de Sanidad. Dice el art.20.1: "Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley, son de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los arts. del 32 al 37 de la Ley General de Sanidad" . Y en el Nº2 del mismo artículo, se establece la diferencia entre infracciones graves y muy graves, a los efectos de la presente Ley. Por tanto, no con los efectos

de la Ley General de Sanidad, sino con los de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, que no ha previsto ninguna sanción administrativa específica con carácter general. El Nº 3 del art.20 señala que: "Cuando las infracciones sean imputables al personal sanitario adscrito a Centros Públicos, la exigencia de responsabilidad se ajustará a las respectivas normas de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración Pública".

Algunas de las infracciones que califica como muy graves el art. 20 Nº2 b son:

- fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana
- mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE o la TIG
- desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley
- crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza
- la fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras
- el intercambio genético humano o recombinado con otras especies, para producción de híbridos
- la transferencia de gametos o preembriones humanos al útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no estén autorizadas.

Ninguna de estas graves infracciones tiene sanción penal. Es cierto que el pensamiento penal contemporáneo establece

el principio de intervención mínima. Esto implica que sólo debe imponerse sanción penal a conductas socialmente graves, cuando resulten inoperantes sanciones civiles o administrativas (17). Obviamente resulta de la mayor gravedad, en el sentido del ilícito penal, un tipo de conducta orientada a crear seres humanos idénticos por clonación o la fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras que afectan directamente al ser humano, a su desarrollo y a su futuro como especie.

Desde otro punto de vista, esta Ley ha sido criticada por su apresuramiento, por adoptar soluciones que no tienen el respaldo de datos científicos consolidados, "por propugnar posiciones audaces basadas en un progresismo barato" que pone en grave riesgo valores constitucionales que son el fundamento de la sociedad (18). También se le critica su falta de técnica jurídica (19).

Al respecto, el diputado Palacios -presidente de la Comisión Parlamentaria que elaboró el Informe de FIV e I.A Humanas - señalaba que esta Ley ha sido profundamente debatida en el Congreso y en la sociedad española: "No en vano se creó en su día una Comisión que durante un año, convocó a treinta y seis expertos, realizó un Informe que fue aprobado por el Congreso y que es el sustento de la ley que aquí presentamos, con lo cual nadie puede llamarse a engaño. No hay ni una sola cuestión en esta Ley que no esté contenida en el objeto de la reflexión durante todo aquel

tiempo de un número importante de expertos de todas las áreas del saber y del conocimiento aquí convocados (...)"

Agrega, el parlamentario que, "es una Ley, por tanto, que ha estado en todos los foros, colegios de abogados, colegios de médicos, universidades, entidades cívicas de todo tipo han debatido esta Ley. Es por tanto, quizá una de las leyes más debatidas que hayan pasado por este Congreso de los Diputados. Es, además, una ley que no obliga. Es una Ley que se pone al servicio de la sociedad y de la ciencia. Desde nuestra perspectiva, es una Ley que no obedece a un compromiso personal ni grupal de carácter ideológico o político. Es una Ley que responde a un compromiso social, al compromiso de esa sociedad que está, fuera de estas puertas y que tiene instalados ya unos hábitos, un dinamismo y unas costumbres ante las cuales nosotros no podemos permanecer con la venda en los ojos. Es una Ley que está pensada en función del propio dinamismo de la sociedad. Más de cuarenta centros realizan estas técnicas en España; casi 3000 niños, algunos con intervención de donante, han nacido por estas técnicas en España (...)"

"No es una Ley precipitada, puesto que cada uno de los expertos, que asistió a la Comisión, y en todos los foros se habla de la necesidad de legislar, y en la conclusión y aprobación del Informe de hace dos o tres años de este Parlamento algunos parlamentarios plantearon que la Ley debía salir del Parlamento. Por tanto, estamos cumpliendo no sólo lo que en aquel Informe muchos parlamentarios expresaron, sino también lo que el propio Grupo Popular en

una Proposición no de Ley planteaba: la necesidad de legislar sobre estas materias" (20).

Al respecto, el Grupo Popular (formado por parlamentarios de las ex Coalición Popular, Partido Liberal y Democracia Cristiana), interpuso un Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, "por considerar que dicha Ley en su conjunto y especialmente en los arts. 1.1, 1.4, 2.4, 4, 11.3, 11.4, 12.1, 13, 14.3, 14.4, 15, 16.1, 16.2, 17, Disposición Final Primera apartado a y e, 20.2 y los arts. 6.1, 6.2 en relación con el art. 5 y 5.1 violan determinados artículos constitucionales".

El Recurso señala en los fundamentos jurídicos materiales, tres motivos de inconstitucionalidad.

El primer motivo es "por quebrantar la garantía institucional que a la familia otorga la Constitución española". Se señalan los arts. 1.1, 5.1, 6.1, 7, 8, 9 y 10 de la LTRA como inconstitucionales por violar los arts. 10, 15, 18, 32 y 39 de la CE. Se indica que la familia encuentra protección constitucional directa e indirectamente en los arts. 1, 9.3, 10.1, 15, 18, 27, 32, 33.1, 35, 39, 41, 42 y 51 de la CE. Al mismo tiempo, se considera que la Ley recurrida contiene un ataque directo a la institución familiar y que los arts. 6, 7, 8, 9 y 10 de la LTRA contiene consecuencias para el matrimonio o para las relaciones de filiación que no están mencionadas en el objeto de la Ley (art.1).

También considera que existe una incongruencia entre la Exposición de Motivos y la Ley: "Así, mientras la Exposición de Motivos se refiere a la 'pareja humana', lo cual de por sí implica un desconocimiento de todo aquel conjunto normativo que hace al matrimonio destinatario de la protección y regulación constitucional, el art.6 de la Ley se refiere a la mujer sola, o a toda mujer, como usuaria de las técnicas de reproducción, lo cual por un lado aleja toda idea de 'pareja humana', o lo que es peor, aun posibilita la aplicación a parejas del mismo sexo".

De otra parte, en relación al donante y su responsabilidad paterno-filial, se considera que el privar al hijo de esta relación y liberar al padre genético -donante- de las obligaciones que demandan de su paternidad biológica, constituye una clara infracción de la garantía constitucional prescrita en el art.39. Agrega que la investigación de la paternidad aparece como una conquista constitucional, que garantiza el derecho de todo hijo a conocer la persona de su padre. Por tanto, con la ocultación del padre como se pretende en esta Ley, se infringe esta garantía constitucional.

El segundo motivo de inconstitucionalidad es "la violación del art. 15 de la CE". Se considera que la Ley "no intenta definir un sistema de defensa legal de la vida en la medida en que ésta puede ser afectada por las técnicas que regula, deviniendo así en anticonstitucional" . Indica que esta Ley

debería incluir un estatuto jurídico del embrión e ir acompañada por las normas penales que procedan en defensa de la vida del embrión.

Señala que los arts.1.4, 2.4, 4, 5.1, 11.3, 11.4, 12.1, 12.2, 13, 14.3, 14.4, 15, 16.1, 16.2, 17, 20, Disposición Final Primera apartado a y e de la LTRA son inconstitucionales por violar el art.9 (en cuanto garantiza la seguridad jurídica, principio básico inspirador del ordenamiento jurídico); el art.10 (en cuanto consagra la dignidad de la persona); el art. 15 (en cuanto garantiza el derecho a la vida y ampara y protege el bien jurídico vida humana, según interpretación del Tribunal Constitucional); el art. 53 (en cuanto no respeta el contenido esencial del derecho reconocido en el art.15) ; el art. 81 (en cuanto existe reserva de Ley orgánica en la materia propia de esta Ley por afectar a bienes propios de los derechos fundamentales).

El tercer motivo de inconstitucionalidad señalado en el Recurso es por infracción del art. 81.1 de la Constitución, al carecer de carácter orgánico. Se indica que la Ley recurrida "regula cuestiones relacionadas con el desarrollo del derecho a la vida, así como cuestiones relacionadas con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como son los relativos a su pertenencia a una familia, a su filiación cierta y a la investigación de la paternidad, entre otros". Por tanto, estas materias debieron ser tratadas como Ley orgánica.

NOTAS

- (1) BARBERO SANTOS, M
 "Fecundación Asistida e Ingeniería Genética :
 Consideraciones jurídico-penales" en vol. Ingeniería
 Genética y reproducción asistida, Artes Gráficas
 Benzal, Madrid, 1989, p.309

- (2) Informes nacionales que se presentaron a la Comisión
 del Congreso de los Diputados:

INSTITUTO DE LA MUJER

"Opinión del Instituto de la Mujer sobre la
 utilización, desarrollo y regulación de las diversas
 técnicas de gametización instrumental"

BARRI, P

"Fertilización <in vitro>"

EGOZCUE, J

Informe

BOTELLA, J

"Objeciones al informe sobre inseminación artificial
 con semen donante, del que son autores los Drs. Calaf,
 Iglesias y Vanrell"

CALAF, J & IGLESIAS, X & VANRELL, J

"Informe a los miembros de la Comisión del Congreso
 sobre inseminación artificial con semen de donante"

EGOZCUE, J

Informe

DEXEUS, S

Informe

USANDIZAGA, J

Informe

LACADENA, J. R

Resumen sobre "Consideraciones genéticas sobre la
 reproducción humana".

RUBIO CARDIEL, J

"Contestación a las cuestiones formuladas por el Ilmo.
 Sr. Presidente de la Comisión Parlamentaria en la
 Sesión del 23 de octubre de 1985".

OCHOA, C & BILBAO, J

"Informe a la Comisión especial de estudio de la
 fecundación <in vitro> y la inseminación artificial
 humanas".

PELAYO DUQUE, M. D

"Informe a la Comisión especial de estudio de la

fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas".

HIGUERA, G
"Aportación ética"

RUBERT DE VENTOS, X
"Informe para la Comisión Especial de Estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas".

HORTAL ALONSO, A
"Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro> humanas".

VIDAL GARCIA, M
"Fecundación artificial y ética: ¿Cómo formar un juicio ético con validez científica?"

LACRUZ BERDEJO, J
"Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes".

MONTES PENADES, V
Informe presentado tras la reunión de Juristas del día 28 de noviembre de 1985.

LACADENA, J. R
"Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto".

SANCHO REBULLIDA, F
"Aspectos jurídicos de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas".

LLEDO YAGUE, F
Informe

ASOCIACION DE MUJERES PARA LA SALUD
Dossier

PEREDA, S y CABALLERO, P
Informe

INSTITUTO BORJA DE BIOETICA
Informes del Dr. Manuel Cuyás sobre:
- "La trascendencia moral del cigoto y del embrión"
- "Fertilización <in vitro>: Consideraciones morales"

LACADENA, BARRI, VIDAL, GRACIA y GAFO
"La fecundación artificial: ciencia y ética"

VANRELL
Información de la Sociedad Española de Fertilidad y la Asociación Española de Andrología a solicitud del Presidente de la Comisión Especial.

LACADENA, J. R
"Glosario de términos científicos relacionados con la

fecundación <in vitro> y la inseminación artificial".

"Agenda de definiciones para el Glosario".

(3) Documentación Extrajera:

Australia:

1.- PARLAMENTO DE AUSTRALIA

"Cronología de la fecundación <in vitro>", enero de 1983 a agosto de 1984

"Family Law Amendment Act" , 1983

"The Marriage Amendment Act", 1985

2.- UNIVERSIDAD DE MONASH

"Fertilización <in vitro>"

3.- COMMITTEE TO CONSIDER THE SOCIAL, ETHICAL AND LEGAL ISSUES ARISING FROM IN VITRO FERTILISATION

"Report on donor gametes in IVF"

4.- THE AUSTRALIAN & NEW ZELAND JOURNAL OF OBSTETRICS & GINAECOLOGY

"From Hagar to Baby Cotton-Surrogacy", 1985

ESTADOS UNIDOS

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS

"Human Gene Therapy"

ETHICS ADVISORY BOARD (Department of Health, Education and welfare)

"Report and Conclusion: HEW Support of Research Involving Human in vitro Fertilization and Embryo Transfer"

Mc.DONOUGH, P

"The legacy of in vitro fertilization-filial", july 1983

McGUIRE, M y ALEXANDER, N

"Artificial Insemination of single women", february, 1985

QUIGLEY, M y ABDREWS, L

"Human in vitro fertilization and the law", september, 1984

HIRSH, B

"Parenthood by Proxy"

FRANCIA

ASAMBLEA NACIONAL

"Proposition de Loi relative au statut de l'enfant conçu ainsi qu'aux expérimentations e recherche concernant la creation de la vie humaine".

REINO UNIDO

DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL
Informe de la Comisión investigadora sobre fertilización humana y embriología (Informe Warnock), Londres, 1984

ITALIA

CAMERA DEL DEPUTATI
"Proposta di Legge sobre Norma sulla inseminazione artificiale e sulla fecondazione in vitro".

SUECIA

INFORME DEL SERVICIO DE INVESTIGACION DEL GOBIERNO DE SUECIA
SOU 1984:88, p.p. 20-26
SOU 1983:42
"Dictamen previo a la redacción de la Ley de inseminación artificial humana".

CONSEJO DE EUROPA

CAHGE.GT 1984,2
"Working party of the Ad Hoc Committee of Experts on ethical and legal problems relating to human genetics".

VARIOS

ACOSTA, GARCIA, JONES, VEECK, SANDOW
"Organization of an in vitro programme"

ENSAYO DE DERECHO ARGENTINO
"La inseminación artificial y el Derecho de Familia", 1984

Research related to human fertilization and embryology
British Medical Journal. Vol. 285. 20 de octubre de 1982

- (4) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p.14
- (5) CORTES GENERALES
Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 280 celebrada el 10 de abril de 1986, p. 12573
- (6) REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS
Art. 126.1 : "Las proposiciones de ley del Congreso podrán ser adoptadas a iniciativa de:
1º Un diputado con la firma de otros catorce miembros de la Cámara; segundo, un grupo Parlamentario con la sola firma del portavoz
2º Ejercitada la iniciativa, la Mesa del Congreso ordenará la publicación de la Proposición de Ley y su remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma de consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento

de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios.

- (7) El representante del grupo Parlamentario de la Democracia Cristiana, López Guerrero en la Sesión de la Comisión de Política Social y Empleo, el 18 de mayo de 1988, señaló que la Proposición de ley debería tramitarse como ley orgánica al afectar derechos y libertades de la persona humana. A su vez, el Portavoz del Partido Liberal en el Senado, Senador López Henares señaló que la tramitación de la Ley debería ser como ley orgánica porque afecta a los derechos fundamentales y al derecho a la vida (Sesión Plenaria de 27 de septiembre de 1988)
- (8) CORTES GENERALES
Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, Sesión Nº 98 celebrada el 14 de abril de 1988. Defiende la enmienda a la totalidad y su texto alternativo a la Proposición por el P. Nacionalista Vasco, el Parlamentario Olabarria Muñoz
- (9) CORTES GENERALES
Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, Sesión Nº 98 celebrada el 14 de abril de 1988, defiende la enmienda a la totalidad y su texto alternativo a la Proposición de Ley por Coalición Popular, el parlamentario Mena-Bernal Romero
- (10) CORTES GENERALES
Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, Sesión Nº 98 celebrada el 14 de abril de 1988
- (11) REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS
Art. 118.1 : "El debate en el Pleno podrá comenzar por la presentación de la iniciativa del gobierno que haga un miembro del mismo y por la que del dictamen haga un diputado de la Comisión, cuando así lo hubiere acordado ésta. Estas intervenciones no podrán exceder de quince minutos.
2 : La Presidencia de la Cámara, oídas la Mesa y la Junta de Portavoces podrá:
3 : Durante el debate admitir enmiendas que tengan por finalidad subsanar errores o incorrecciones técnicas , terminológicas o gramaticales. Sólo podrá admitirse a trámite enmiendas de transacción entre las ya presentadas y el texto del dictamen cuando ningún Grupo Parlamentario se oponga a su admisión y éste comporte la retirada de las enmiendas respecto de las que se transige.
- (12) CORTES GENERALES
Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, Comisión de Política Social y de Empleo celebrada el 18 de mayo de 1988
- (13) B.O.C.G , Senado, III Legislatura, Serie II, Nº 203 (c), 22 de junio de 1988, p.19

- (14) B.O.C.G, Senado, III Legislatura, Serie II, Nº 203 (c),
22 de junio de 1988, p.20
- (15) B.O.C.G, Senado, III Legislatura, Serie II, Nº 203 (c),
22 de junio de 1988, p.20
- (16) Enmiendas Nº 227, 231, 234 presentadas por Coalición
Popular a la Proposición de Ley
- (17) BARBERO SANTOS, M
"Fecundación asistida e ingeniería genética:
Consideraciones jurídico-penales", ya cit. p.p. 314 y
320
- (18) CORTES GENERALES
Diario de Sesiones del Senado, III Legislatura, Sesión
Plenaria Nº 89 celebrada el 24 de septiembre de 1988,
p.3944
- (19) CORTES GENERALES
Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, III
Legislatura, Sesión Plenaria Nº 134 celebrada el 20 de
octubre de 1988, p.8236
- (20) PALACIOS, M
Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III
Legislatura, Sesión Plenaria Nº 134, celebrada el 20 de
octubre de 1988, p.8238

CAPITULO SEGUNDO
USUARIAS DE LAS TECNICAS

1.- FECUNDACION <IN VITRO> ¿PROCEDIMIENTO TERAPEUTICO O
MEDIO ALTERNATIVO DE REPRODUCCION?

Para determinar quiénes pueden ser usuarias de la fecundación <in vitro> hay que plantearse si esta técnica es un procedimiento terapéutico que ayuda a superar la esterilidad o es un medio alternativo de reproducción humana.

Se define la esterilidad como una enfermedad o consecuencia de una enfermedad, con sus componentes físicos, psíquicos o incluso sociales. Consiste en la incapacidad para concebir. Desde este punto de vista, cualquier procedimiento dirigido a remediarla, desaparezca o no la causa que la origina, debe ser entendido como una terapéutica (1).

En términos generales, se acepta que en España existe un porcentaje de esterilidad entre un diez y un trece por ciento de todas las parejas en edad fértil. Es decir, aquéllas cuyas edades oscilan entre los quince y cuarenta y nueve años (2). De este porcentaje un cuarenta por ciento puede ser tratado con fecundación <in vitro> (3).

La fecundación <in vitro> nació como resultado de la búsqueda de un remedio para resolver problemas de esterilidad. Sin embargo, esta técnica ha tenido un rápido desarrollo, pudiendo lograrse a través de ella resultados procreativos de forma artificial, en personas que no padecen esterilidad, pero que por determinadas razones - justificables o no- desean acogerse a este procedimiento.

El acto de procrear se desarrolló, siempre, en el ámbito de la pareja con un carácter íntimo, exclusivo, personal e intransferible. Con la fecundación <in vitro> se pierden estas características pues intervienen en ella terceras personas: médicos, biólogos, donantes de gametos, donantes de embriones, etc.

Deja de ser un acto que se desarrolla en la pareja cuando estas técnicas se aplican a mujeres solas y en el caso de la maternidad subrogada. A su vez, la fecundación <in vitro> provoca -cuando intervienen donantes- la disociación del elemento genético y biológico ya que a través de esta técnica se logra un nuevo ser humano que presenta un patrimonio genético -correspondiente a sus progenitores- que no es el de sus padres formales.

Existe el riesgo, en la utilización de estas técnicas en mujeres solas, de separar en forma tajante sexualidad y fecundación. Cuando una pareja que lleva una vida sexual normal recurre a estas técnicas, está subsanando una carencia funcional que le impide lograr la procreación mediante el acto sexual. Por tanto, no está excluyendo premeditadamente ese acto de amor que debe ser la procreación. Distinto es el caso de una mujer sola que recurre a estas técnicas, para no tener relaciones sexuales con un hombre. Aquí se está desvirtuando algo inherente a la permanencia o preservación del ser humano, que es el ejercicio de la sexualidad heterosexual.

MONTES PENADES ha señalado que si esta técnica constituye un método terapéutico, el problema se restringe: "la infertilidad no tiene pleno sentido en la mujer soltera ni, en puridad de conceptos, en la que llamaremos 'pareja estable'. La mujer sola o pareja de facto no se presenta -hic et nunc- ante el Derecho con ningún tipo de derecho subjetivo, al menos de valor absoluto a tener hijos"... "En cambio, la pareja conyugal plantea un problema de relación sexual unitivo y procreativo, en buena medida desde el punto de vista del Derecho Civil, pero, sobretodo, desde el Derecho Canónico, la procreación se ha presentado como un fin primordial del matrimonio, y éste como un factor de certeza o certidumbre de la filiación" (4).

Agrega este autor que, si la fecundación <in vitro> se presenta sólo como un remedio de la infertilidad, se acota el campo de utilización: la infertilidad tiene relevancia para el Derecho en el seno del matrimonio o en la unión estable (y aún en este último supuesto no sin graves disensiones). Si, por el contrario, se presenta como un "medio alternativo de reproducción", el tema se amplía y se agrava sensiblemente. Entran en juego otras consideraciones que afectan al orden público y a los fundamentos del orden civil de convivencia (5).

La mayoría de los Informes Extranjeros que se han elaborado al respecto, han señalado que estas técnicas deben estar a disposición de las parejas estériles.

Tanto el Informe Warnock como el Benda han recomendado que sea requisito para tener acceso a estas técnicas el padecer infertilidad y formar pareja heterosexual, sea ésta conyugal o estable. Coherentes con esta posición, rechazan la utilización de la fecundación <in vitro> por parte de la mujer sola y la maternidad subrogada (6).

Por su parte, el Informe del Comité de Expertos en el progreso de las Ciencias Biomédicas (Committee of Experts on progress in Biomedical Sciences) -CAHBI- del Consejo de Europa ha propuesto a los gobiernos europeos restringir el uso de las técnicas de procreación artificial a las parejas heterosexuales que padecen esterilidad.

Señala en el Principio 1 regla 3ª que "las técnicas de procreación artificial humana pueden ser empleadas en favor de la pareja heterosexual cuando las condiciones existentes puedan asegurar el bienestar del niño" y especialmente en estos tres casos:

- 1º Cuando los otros medios de tratamiento de la infertilidad no han tenido éxito o no resultan apropiados para el caso concreto:
- 2º Cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria, y
- 3º Cuando exista el riesgo de que el hijo sufra una enfermedad que comportase su muerte precoz o una incapacidad grave (7).

Por tanto, rechaza la maternidad subrogada y la utilización de estas técnicas en la mujer sola.

En España, el Informe de la "Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas" del Congreso de los Diputados, en su dictamen, puntualizó que desde una perspectiva médica esta clasificación entre métodos terapéuticos y alternativos de

reproducción no se da. Asimismo, señala que si bien estas técnicas de fecundación asistida no curan la esterilidad, sí restituyen el objetivo humano que la esterilidad niega, cual es la procreación y continuidad de la especie, además de restablecer el equilibrio psicofísico frecuentemente alterado por quienes la padecen. Añade, el Informe, que aún siendo "la esterilidad humana el campo más importante de la utilización de estas técnicas, existen otras posibles actuaciones que las complementan y deben reglamentarse (como la investigación básica de carácter positivo o la investigación aplicada de carácter de diagnóstico) y que al estar introducidas en nuestra sociedad sin que existan argumentos que invaliden su validez terapéutica, deben autorizarse para aquellos fines" (8).

Por tanto, el objetivo más importante -pero no único- es el terapéutico. Otros objetivos dignos de tener en cuenta son la investigación básica de carácter positivo y la investigación aplicada de carácter de diagnóstico. Esta línea de pensamiento la encontramos reflejada en las recomendaciones 17, 18, 19, 32, 76, 77, 79, 81, 82, 83, 85, 86, 119, 120 y 121 del Informe del Congreso de los Diputados, más conocido como Informe Palacios. Sólo analizaré las recomendaciones 17, 18, 119, 120 y 121, que son las que tienen relación directa con este trabajo.

El Informe señala en su Recomendación 17: "La fecundación in vitro con transferencia de embriones o técnicas afines tendrán como finalidad fundamental la actuación médica ante la

esterilidad irreversible de la pareja humana para facilitar la procreación cuando las demás terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas, ineficaces o imposibles de realizar".

En su Recomendación 18 indica: "Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y eliminación de enfermedades de origen hereditario, cuando estén justificadas porque exista un riesgo serio de transmisión al hijo y sea factible hacerlo con suficientes garantías".

Si analizamos ambas recomendaciones podemos ver:

- De una parte, el carácter terapéutico de las técnicas: sea para solucionar problemas de esterilidad o para prevención o eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario.

De otra parte, la palabra "fundamental" nos da la pauta de que hay otras finalidades. Es decir, también podrán utilizarse estas técnicas en casos no considerados terapéuticos. Esto se nos confirma con la recomendación 32 que indica que si se autoriza una gestación sin finalidad terapéutica, los gastos no deberán ser costeados con fondos públicos.

- Se señala como destinataria de estas técnicas a la pareja humana que padece esterilidad.

Pese a verse señalado, claramente, en la recomendación 17 que el ámbito de aplicación de estas técnicas es la pareja humana, en las recomendaciones 118 y 120 se autoriza a la mujer sola, sea ésta estéril o no, a recurrir a la fecundación asistida. Se establece la diferencia de que la primera podrá hacerlo con cargo a la sanidad pública,

mientras la no estéril tendrá que asumir los gastos pertinentes.

La Recomendación 118 establece que: "Podrá autorizarse la gestación de mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique, y con cargo al erario público.

La recomendación 120 indica que: "La mujer sola no estéril podrá beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donante, sin que los gastos de su realización se hagan con fondos públicos".

De la lectura de las recomendaciones 17, 18, 118 y 120 se desprende una incoherencia porque, si en las primeras se estableció claramente a la pareja humana como destinataria de las técnicas no se puede, después, ampliar a la mujer sola. O lo uno o lo otro; o eliminamos a la pareja humana o la restringimos a ella. Esta situación fue subsanada en la Proposición de Ley que presentó el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados pues, al señalar el ámbito de aplicación de la ley, eliminó el requisito de pareja humana.

El Grupo Parlamentario de Minoría Catalana encontró una contradicción en las recomendaciones señaladas, debido a que se situaba en mejor condición a la mujer sola que a la que forma pareja estable, pues a esta última se le exige una esterilidad irreversible que no se le pide a la mujer sola (9).

Tanto MONTES PENADES como ZARRALUQUI coinciden en que estas técnicas deben tener como objetivo el remedio a las consecuencias de la esterilidad y no pueden constituir un sistema de procreación alternativo al normal (10).

Para LLEDO YAGÜE con estas recomendaciones "se ha distorsionado la finalidad para la que fueron concebidas dichas técnicas de fecundación, pasando a constituir un medio alternativo de reproducción, no sólo para parejas -casadas o no-, sino, y es el aspecto más grave, para incluso aquellos que, en una relación natural normal, rechazan la unión heterosexual" (11).

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados se basó en las recomendaciones del Informe Palacios. Por tanto, señaló que la finalidad fundamental de las técnicas de fecundación asistida era la terapéutica (art.1.2 de la Proposición de Ley). Aceptando, al mismo tiempo, como objetivo de ellas la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario (art. 1.3).

Coherentes con la postura de que estas técnicas tienen un objetivo fundamental terapéutico y también constituyen un método alternativo de fecundación, aceptan como destinatarias de esta Proposición de Ley a la mujer que forma pareja estable sea ésta matrimonial o de hecho y a la mujer sola, fuere estéril o no.

En la discusión de la Proposición de Ley en el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Aragonés, los de la Democracia Cristiana, Coalición Popular y Minoría Catalana se mostraron partidarios de que estas técnicas tuvieran como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana (Enmiendas Nº 34, 223, 290). El Grupo Nacionalista Vasco proponía que, para utilizar estas técnicas, había que padecer de esterilidad irreversible y formar pareja, sea ésta unida por vínculo matrimonial o estable (Enmienda Nº 72). Es decir, estos Grupos entendían y aceptaban la utilización de estas técnicas como un procedimiento terapéutico. Consecuentes con esta postura, rechazaban el acceso de la mujer sola a estas técnicas.

En el Senado, se enmendó el art.1.2 de la Proposición, referente a la finalidad de las técnicas, eliminándose la palabra "fundamental". Al mismo tiempo, se redactaba un nuevo artículo 6º, recogiendo parcialmente el contenido de la Disposición Adicional Primera de la Proposición enviada por el Congreso de los Diputados, que se refería a la fecundación de mujer sola. En la nueva redacción se establece que "toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas por la presente ley...".

Se produce una incoherencia con estas dos enmiendas porque, al eliminar la palabra "fundamental" del art.1.2, se está dando un carácter netamente terapéutico a estas técnicas. Con lo cual sólo podrán ser usuarias de estas técnicas las

mujeres que padezcan esterilidad o una enfermedad de origen genético o hereditario. Pero, de otra parte, al indicarse en el art.6º que toda mujer puede ser receptora sin exigírsele el requisito de esterilidad, se está ampliando el ámbito de aplicación. Es decir, en el art.1.2 se restringen y en el art. 6º se amplían, al máximo, las posibles usuarias de las técnicas.

Este contrasentido es explicado por el Parlamentario MARDONES SEVILLA -representante de las Agrupaciones Independientes Canarias- en la sesión de Pleno del Congreso de los Diputados en que se aprobaron las enmiendas introducidas en el Senado. Señaló el Parlamentario MARDONES: "si se hubiera mantenido la enmienda del Senado que hace desaparecer la palabra "fundamental" sería de inconsistencia jurídica y legal todo el art. 6º (...) el art. 6º no regula la esterilidad humana, sino que viene a reconocer un derecho de maternidad y paternidad por vía de la reproducción asistida (...) Por tanto, la palabra "fundamental" conduce a un fin ético y familiar, pero admite que junto a lo "fundamental", se halle lo accesorio, aunque esto sea de importancia constitucional como es el derecho individual de la mujer que opta por la maternidad"

(12).

En consecuencia, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida, acepta la fecundación <in vitro> como un método alternativo de reproducción

basado en el derecho a procrear que tiene toda mujer (art.19 y 69 de la citada Ley).

2.- DERECHO A LA PROCREACION:

Hay sectores en la doctrina que entienden que la mujer tiene un derecho fundamental a procrear. Este es un tema controvertido, en el que existen varias posiciones.

Un sector de la doctrina sostiene que el derecho a procrear es un derecho derivado de varios derechos fundamentales: derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad. Este derecho encuentra su justificación en el derecho a la libre regulación de la vida privada, en función del derecho al desarrollo de la personalidad, por lo que el interés por tener hijos se encontraría tutelado por el ordenamiento jurídico. Este derecho a procrear no está ligado con la familia sino con la persona (13). Esta determinación es importante porque, si se deriva el derecho a procrear del derecho a la libertad personal (art.10.1 CE), toda mujer podría ser usuaria de las técnicas de reproducción.

En los Estados Unidos de Norteamérica se reconoce el derecho a procrear como un derecho fundamental. La Corte Suprema de ese país ha indicado que "si el derecho a la intimidad quiere decir algo, significa el derecho del individuo a tomar decisiones sobre sustentar o engendrar una criatura" (14).

En el año 1942, la Corte Suprema abolió el estatuto de Oklahoma, que permitía la esterilización de determinados criminales. La Corte declaró que el derecho a procrear se encontraba comprendido entre los derechos civiles básicos del hombre (15).

Años más tarde, nuevamente la Corte Suprema se pronunció diciendo que la libertad de elección personal en asuntos de matrimonio y vida familiar es una de las libertades protegidas por la Enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos. Señaló que estos derechos eran muchísimos más preciados que los derechos de propiedad.

Resumiendo, en este país existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y a la crianza de los hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada (16). Habría que preguntarse, entonces, si dentro de este derecho constitucional que protege el derecho a la procreación esta comprendida la procreación por medio de las técnicas de reproducción asistida. La mayoría de la doctrina americana entiende que este derecho a la procreación comprende tanto los medios naturales como los alternativos de reproducción (17). Así, ROBERTSON manifiesta estar de acuerdo en incluir dentro del derecho del matrimonio a procrear, el hacerlo por los medios necesarios para obtener la procreación sea a través de donantes o de maternidad subrogada (18).

Al respecto, PANTALEON estima que "la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar, que sin

duda ampara el derecho de toda persona, casada o no, a planificar su reproducción por medios naturales al abrigo de injustificadas interferencias por parte del Estado, en modo alguno supone el reconocimiento de un derecho fundamental de toda persona a procrear mediante las técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario (19).

Para VIDAL MARTINEZ resulta indispensable distinguir netamente el derecho a la intimidad personal y familiar garantizado por el art.18 de la CE y el "right to privacy" de los Estados Unidos. Piensa que las facultades en exclusiva que se reconoce a la mujer en los Estados Unidos en materia de aborto, como muestra del "right to privacy", junto a la admisión de algunos casos de contrato de maternidad subrogada, como manifestación de ese mismo derecho, muestra bien a las claras que se trata de una figura netamente diferenciada del derecho a la intimidad que reconoce el ordenamiento español. El art. 18.1 de la CE reconoce "el derecho a la intimidad protegiendo con ello la libertad potenciada y superlativa que la persona humana reclama en la zona nuclear de su ser y vivir cotidiano en su doble vertiente personal y familiar" (20).

En el plano europeo, este derecho se discute. Es así como el CAHBI del Consejo de Europa realizó una consulta a la Comisión Europea de Derechos del Hombre, respecto a si existía un derecho a procrear. La Comisión entendió que el reconocimiento del derecho a la vida del art.2.1 de la

Convención Europea de Derechos del Hombre debe ser interpretado en sentido pasivo: como una protección contra cualquier atentado contra la vida humana y no como un derecho activo a crear vida. Asimismo, advertía que un derecho absoluto de toda persona a procrear no puede ser deducido de los arts. 8 y 12 de la Convención (21).

En Italia, la doctrina tradicional entiende que, con el matrimonio, la libertad sexual se transforma en el llamado *ius in corpus* y que en este derecho se halla comprendido el derecho a la procreación, precisando que el objeto del consentimiento matrimonial no es directamente el derecho a la prole, sino el derecho a los actos que, por su naturaleza, están ordenados a este fin (22).

La sexualidad se entiende como una expresión de la personalidad humana y, por esto, de la libertad de la persona, desligada de la función procreativa que va mucho más allá de la procreación, aunque ésta sea su efecto más importante (23).

En las Propositiones de Ley sobre fecundación asistida presentadas en el Parlamento italiano existen dos posiciones distintas. De una parte, se presenta a estas técnicas como remedio a la esterilidad y entonces son usuarias de la fecundación <in vitro> la mujer que forma pareja -sea ésta matrimonial o de hecho- o se acepta también a la mujer sola en razón de su derecho a procrear.

Para FERRANDO, debe aclararse si el pretendido derecho a la procreación deriva del derecho a la libertad o es un derecho social y, por tanto, debe determinarse si es suficiente por parte del Estado un comportamiento de no ingerencia en las decisiones de los particulares o si debe existir un comportamiento positivo. Si se acoge la primera alternativa debería concluirse que el recurso a las estructuras públicas para estas técnicas es sólo posible cuando tenga un carácter terapéutico, no cuando constituye expresión de la libertad de satisfacer un deseo de tener hijos (24).

Desde otro punto de vista, en las Declaraciones de los Derechos Humanos no se encuentra una formulación explícita sobre el derecho a la procreación:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su art. 16.1 establece:

Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; disfrutará de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

- En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 se señala en su art.23 apartado 2º:

"Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello".

- En el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 en su art.10, se habla de los derechos de la familia sin aludir expresamente a la procreación.

De la lectura de estos tres artículos podemos concluir que en estas declaraciones no existe una referencia específica al derecho a procrear. Se establece el derecho a fundar una familia en el que se comprende implícitamente, pero no de forma obligatoria o imprescindible, la función de procrear.

En cuanto al significado de la procreación humana, hay que resaltar que se trata de un hecho que esta condicionado a procesos de la naturaleza humana y no sometido del todo a la libertad humana. Por más que el ser humano sea libre para tener relaciones sexuales, muchas veces por problemas físicos, psíquicos o de incompatibilidad no podrá engendrar un hijo. Por tanto, "no puede ser objeto directo de un derecho humano algo que por su propia condición esta fuera del campo de actuación de la libertad humana. A lo más, puede entenderse como contenido implícito en la formulación de un derecho humano que mira directamente la realización de la libertad humana como puede ser la fundación de una familia" (25).

Por tanto, en la categoría de derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear); lo que sí cabe dentro de la categoría de derecho humano es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa (derecho a fundar una familia). Como afirma HORTAL ALONSO,

el derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto, que pueda exigir su cumplimiento al margen de cualquier consideración social, o sin tomar en consideración el bien de otros, o de la sociedad; entre estos bienes merece especial consideración la protección del niño que va a nacer, así como de la familia (26).

Desde otra perspectiva, hay juristas que consideran que existe un derecho a la procreación pero que su ejercicio tiene un carácter mancomunado pues por sus propias características es un derecho que en su vertiente positiva, es la traducción parcial de procrear con alguien. Ocurre igual que con los derechos de asociación, sindicación o de matrimonio. El derecho existe en cada uno pero su ejercicio está condicionado a que exista otra voluntad concordante, que aporte el otro elemento necesario para que se produzca el hecho: el otro gameto (27).

La Comisión que elaboró el Informe sobre el "Estudio especial de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas" también debatió acerca de si existe un derecho a la procreación y señaló que el ejercicio de este supuesto derecho traía consigo "la dificultad de conciliar supuestos derechos, el de la pareja o la mujer a tener descendencia y el de los hijos a venir al mundo con las mayores garantías posibles como parte más débil que ha de ser especialmente protegida" (28). Sin embargo, la Comisión consideró que debía aceptarse como usuaria de estas técnicas a la mujer sola, fuera ésta estéril o no (Recom.

118, 119, 120) en base a los arts.9, 10, 14, 18 y 39.1 de la CE. El Informe señaló que "la Constitución dispone que la mujer sola o soltera puede ser madre, y si puede serlo por un derecho constitucional por vía y modos naturales, también había de poder serlo por un procedimiento no natural; línea de pensamiento que coincide con lo establecido por la Convención Europea de Derechos Humanos que contempla el derecho a la mujer a tener hijos aunque éstos no tengan padre legal" (29).

Comentando el Informe, ROCA TRIAS se declara partidaria de limitar el uso de las técnicas "a los casos de indicación médica, por existencia de esterilidad irreversible o posibilidad de transmisión de enfermedades hereditarias. Esta solución se apoya en el derecho a la salud reconocido en el art.43.1 de la CE y no en un derecho a la procreación no expresamente reconocido y que parece dudoso de incluir dentro de un catálogo de derechos fundamentales" (30).

En la exposición de Motivos, capítulo III de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida se hace referencia " a dos posibles aplicaciones de estas técnicas: la gestación de sustitución y la gestación de mujer sola: posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación, si éste derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de los conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger" (...). Agrega, "no obstante, desde el respeto a los derechos

a la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente".

De lo transcrito, podemos concluir que la Ley privilegia la voluntad de procrear de la mujer frente a cualquier otro derecho que entre en colisión. Es decir, se opta por el derecho de la mujer a la procreación frente al del hijo a nacer en las mejores condiciones posibles; en el seno de una familia en la que exista un padre y una madre, por ejemplo, sin considerar que deben privilegiarse los derechos del niño frente a cualquier otro derecho por ser la parte más débil.

Al respecto, LLEDO se pregunta ¿cuál derecho debe prevalecer, el de la madre a procrear o el del hijo? Este autor, considera que si nos decantamos por el primero, el hijo queda instrumentalizado para satisfacer un deseo de maternidad, sin importarnos si la mujer es fértil o estéril, porque aquél sería un derecho jerárquico, no condicionado a la utilización de las técnicas para corregir una patología en la pareja (su infertilidad) sino que constituiría un método alternativo para la fecundación sin restricciones (31).

Al tratar de conciliar el derecho de la mujer a procrear y el del hijo a venir al mundo con las mayores garantías,

como bien señala VIDAL GARCIA hay que tener presente que el hijo no es un bien útil que está al servicio de los deseos o intereses del progenitor, sino que es un valor él mismo y la maternidad está en función del hijo y no al contrario (32).

Resumiendo, se puede afirmar que no existe un derecho a la procreación por parte de la mujer. Lo que sí existe es un derecho al libre ejercicio de la sexualidad y en este ejercicio concreto cabe o no la posibilidad de procrear. El derecho al libre ejercicio de la sexualidad se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida privada que, a su vez, deriva del derecho fundamental que tiene todo ser humano al libre desarrollo de la personalidad.

Una vez analizado si la fecundación <in vitro> constituye un método terapéutico o alternativo de fecundación y si el derecho a procrear es un derecho fundamental de la mujer, vamos a estudiar quiénes deben ser usuarias de esta técnica.

3.- USUARIAS DE LAS TÉCNICAS:

Para poder determinar qué mujeres pueden ser usuarias de las técnicas de fecundación <in vitro>, tenemos que tener presente el principio constitucional de protección a la familia y a la maternidad, que puede ser afectado por la aplicación de estas técnicas.

Por tanto, debemos estudiar en esta materia los siguientes puntos:

- ¿Cuál es el criterio que debe adoptarse respecto al significado de familia? ¿Comprende sólo la matrimonial o también la extramatrimonial?
- ¿Es imprescindible la relación de pareja? ¿Tiene que ser ésta basada en el matrimonio o basta con que sea pareja estable?
- Si constitucionalmente se ampara y protege a las madres solteras ¿este reconocimiento implica el derecho a acceder a la maternidad a través de la fecundación <in vitro> por parte de la mujer sola?

3.1. Significado del concepto de familia:

La Constitución española en su art. 39.1 prescribe: "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". No especifica qué se entiende por familia, lo que plantea diversas interpretaciones en la doctrina.

No existe en el Ordenamiento Jurídico español un precepto como el art.29 de la Constitución italiana que dice: "la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio", ni como el art.6 de la Ley Fundamental alemana que especifica que "el matrimonio y la familia están bajo protección especial del ordenamiento estatal".

La indefinición de la Constitución española ha dado lugar básicamente a dos interpretaciones distintas. Un sector ha identificado a la familia protegida con la familia legítima y otro sector considera que la familia constitucionalmente protegida es la familia a secas, prescindiendo de su origen matrimonial o no. Entre estas dos posturas extremas existen posiciones intermedias.

a) El sector de la doctrina que identifica la familia aludida en el art. 39.1 con la fundada en el matrimonio; establece la prevalencia de la familia legítima como sociedad natural fundada en el matrimonio. Así, MARTINEZ CALCERRADA señala que la correlación del art.39.1 con el art.32 de la CE conduce al reconocimiento exclusivo del matrimonio como fuente de la familia, de modo que es la familia jurídica la contemplada en la norma (33).

VIDAL MARTINEZ entiende que la Constitución de 1978 permite configurar a la relación no matrimonial como una manifestación de la libertad civil, que encontrará sus límites en la Ley y en los derechos de los demás. Pero, sólo cabe hablar de un verdadero derecho subjetivo tratándose del matrimonio. Aun cuando la protección que la Constitución dispensa a la familia podría alcanzar en algún caso a quienes mantienen una relación no matrimonial, es el matrimonio, la filiación con independencia de su origen y la maternidad, el objeto directo de esa protección (34).

Para GARCIA CANTERO, la familia del art.39.1 es la fundada en el matrimonio. Se deduce, "de venir colocado este precepto inmediatamente después del art.32 que sólo regula el matrimonio y también de la propia dirección del art.39 que en los sucesivos apartados, al proteger constitucionalmente a personas que no aparecen ligadas con vínculos basados en el matrimonio, emplea el adverbio asimismo en un sentido adicional de además o también, sin que en ninguno de los apartados 2, 3 y 4 vuelva a utilizarse familia". Para este autor no existe protección constitucional para la familia de hecho y si se da ésta, en cambio, en relación con los miembros que aparecen nominatim en el art.39 (madres cualquiera que sea su estado civil e hijos nacidos al margen del matrimonio) (35).

b) Otro sector de la doctrina no da una interpretación restrictiva al art 39 de la CE. Así, MONTES PENADES señala que "no debe entenderse por familia únicamente la fundada en el matrimonio. Tal interpretación no sólo no es coherente con lo que disponen los apartados 2 y 3 del art.39 sino que vendría a estar en contradicción con otras normas que han venido a proteger las relaciones more uxorio, a efectos laborales o de seguridad social". Añade este autor, que cree que la protección que se dispensa constitucionalmente a la familia no esta reñida con una idea de familia de facto o de familia entendida como círculo de personas que conviven, sin perjuicio que esa convivencia no se haya fundado en matrimonio válido y eficaz (36).

DIEZ PICAZO dice que cuando "el art.39 de la Constitución habla de protección jurídica y económica de la familia, está haciendo referencia a la familia nuclear. Y si se pone en relación los arts. 39 y 32 de su texto, queda claro que no contemplan relaciones jurídicas organizadas, y por tanto jurídicamente protegidas más allá de la pareja y de los hijos" (37).

LACRUZ entiende que el art. 39.1 rebasa la familia legítima. La familia constitucionalmente protegida no es sólo lo que el matrimonio vertebraba. En el concepto de sujeto protegible se integran todos aquellos núcleos duraderos de relaciones, afectos y prestaciones que imitando al creado a través del matrimonio de los progenitores desempeña las mismas funciones y obtiene una suficiente aceptación social. Ello excluye del concepto constitucional de familia, las comunidades no basadas en la heterosexualidad o en el parentesco. Pero, si bien LACRUZ le reconoce a la familia de facto un cierto reconocimiento y protección, para este autor, el grado de protección de las familias -legítima, de hecho- puede ser distinto, como lo es su estatuto legal, con el sólo límite de la equiparación entre los hijos, cuya condición matrimonial o no matrimonial no podría ser determinante de un nivel distinto de la tutela (38).

LLEDO está cerca de esta posición pero entiende que al no establecer el "texto constituyente (art.39) ningún

aditamento o adminículo al término familia, está incluyendo en su seno, no sólo a las parejas (y entiendo, eso sí, que exclusivamente heterosexuales) unidas por el matrimonio, sino, asimismo, las parejas more uxorio, convivientes, de facto, en una relación similar al matrimonio". Señala, este autor, que ambas familias -la matrimonial y la de convivencia de facto- tienen un adecuado marco legal, mucho más potenciado en el supuesto de que la unión fuera matrimonial, al reconocerse lato sensu, recíprocamente derechos personales y patrimoniales. Por el contrario, en el supuesto de la pareja de hecho, si bien existe un cierto reconocimiento, la protección queda singularizada a determinadas y concretas parcelas (39).

Una postura más radical es la de FOSSAR BENLLOCH, quién estima que la familia constitucionalmente protegida es la familia a secas, prescindiendo de su origen (matrimonial o no) y, por tanto, no cabe privilegiar la familia legítima frente a la de hecho, en orden a su tutela (40).

En cuanto a la jurisprudencia existe una sentencia -muy controvertida- de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986 que en su fundamento 3º establece:

"(...) hoy, como ayer, el matrimonio -religioso o civil- no es la única unión efectiva y estable del hombre y de la mujer que conforme la conceptualización social de la familia, ésta es el conjunto formado fundamentalmente por una pareja humana y sus hijos, y en sentido más amplio, también por las personas unidas

a ellos por parentesco que viven con ellos. Esta conceptualización realista, racional y humana de la familia (matrimonial o no matrimonial) es la que inspira el art. 39.1 CE al proclamar que los poderes público aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".

La Comisión especial para el estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas, constituida en el Congreso de los Diputados, consideró que la Constitución protege a la familia, entendiendo por ésta al núcleo de personas que conviven, independiente de que tal convivencia resulte de un matrimonio o no. Señala el Informe de la Comisión que "(...) se ha estimado, por ello, que el art.32 y concordantes con la Constitución no induce a una interpretación restrictiva de la familia fundada unicamente en el matrimonio, y que más bien debe interpretarse la 'familia a proteger', desde el punto de vista constitucional como el núcleo de personas que conviven, independiente de que tal convivencia resulte o no de un matrimonio válido y eficaz. Por lo demás, la Convención Europea de Derechos Humanos informa del derecho de las mujeres solas o de las parejas lesbianas a la maternidad, así como el de las parejas homosexuales a la paternidad" (41).

Esta línea de pensamiento va a ser plasmada en la ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida, al permitir a cualquier mujer mayor de dieciocho

años ser destinataria de la ley, independiente de su estado civil y de si es estéril o no. El art.6.1 prescribe: "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar".

Una interpretación lúcida frente a lo que entiende la Constitución como familia es la de GAYA SICILIA .Señala que estas diferencias de opiniones se deben "a la ambigüedad de la ley fundamental que en este como en otros aspectos es fruto de una transacción entre partidos políticos. Cuando las diversas concepciones de la vida que los partidos representan entran en confrontación, el acuerdo sólo puede recaer sobre 'mínimos', lo que implica necesariamente la carencia, en nuestro caso, de un modelo de familia. No hay modelo porque el modelo prejuzga. Pero ... ¿que ofrece la Constitución? Nada más que una regulación fragmentaria del fenómeno familiar" (...) "la Constitución ofrece sólo un tratamiento puntual de cuestiones familiares y por ello admite planteamientos contradictorios, mejor antagónicos respecto a qué debe entenderse por familia en el ordenamiento español" (42).

3.2.- Relación de pareja ¿basada en el matrimonio o en la pareja estable?:

Existe una cierta correspondencia entre la interpretación que hacen los juristas sobre a qué tipo

de familia otorga protección el art.39 y quiénes deben ser usuarias de las técnicas de reproducción asistida.

a) Es así como para LLEDO "estas prácticas sólo deben permitirse en parejas casadas (43) ; para VIDAL GARCIA "sólo es eticamente positivo el tratamiento de la fecundación <in vitro> en la pareja conyugal estéril" (44) y HERNANDEZ sostiene que "el hijo tiene derecho a nacer, crecer y educarse en aquel ámbito que le sea más favorable, y éste sin lugar a dudas piensa que es el familiar, constituido dentro del matrimonio" (45).

Los partidarios de que la fecundación <in vitro> sólo se lleve a cabo en mujeres casadas, basan su argumentación en que:

- Sólo se concibe esta técnica en las parejas casadas, ya que el deseo de maternidad/paternidad no tiene coherencia y sentido pleno si no se realiza y se vive en el horizonte humanizador de la pareja humana. Además, consideran que el hijo no es un bien útil que esté al servicio de los deseos o intereses del progenitor; por el contrario, es un valor en sí mismo y la paternidad/maternidad está en función del hijo (46).

- Si el interés primordial que preside esta técnica es el del hijo, éste debe acceder a una situación estable que, no lo exponga a situaciones de incertidumbre. Esta estabilidad se encuentra en la relación institucionalizada que es el matrimonio(47).

A este argumento, le contraponen que para el derecho natural, la donación del cuerpo entre personas de sexo diferente, en vista a fundar una familia, requiere de estabilidad e indisolubilidad (48). Si los integrantes de una pareja estable tienen como intención cumplir firmemente las condiciones conforme a la naturaleza de las cosas, dice SERIAUX ¿no podrían pretender al igual que las personas casadas acceder a los beneficios de la procreación artificial? (49).

- Si bien el matrimonio no garantiza totalmente la calidad del ambiente al que el hijo tiene derecho, no existe otro tipo de relación que se pueda reconocer como capaz de reemplazar convenientemente al ambiente que un buen matrimonio proporciona seguramente al niño (50).

- Tanto la moderna psicología como la pedagogía son unánimes en considerar como necesario en la formación de la personalidad del niño la presencia de la pareja en la educación de los hijos (51).

Asimismo, en el proceso de adquisición de la identidad sexual del niño, la presencia de la pareja le va a permitir tomar un modelo de complementariedad del sexo contrario.

Contraargumentan a esta fundamentación, diciendo que si bien el psicólogo demanda la necesidad de la existencia de la pareja heterosexual en la etapa de formación del niño, no es requisito fundamental que los padres constituyan un matrimonio, basta con que la pareja haga vida común.

- Para poder beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida deben cumplirse condiciones mínimas jurídicas, como la de estar casada la pareja. Al respecto, PEÑA BERNALDO DE QUIROS señala que "si bien es lógico que el Estado respete la libertad de tener hijos en el estado civil que sea, no ocurre lo mismo cuando los hijos sólo pueden venir al mundo con una colaboración oficial o cuasi oficial (la del establecimiento sanitario autorizado). Lo menos que se puede pedir a las decisiones oficiales es que sean racionales" (52).

- LACRUZ indicaba que, actualmente ha desaparecido la dificultad que se oponía al matrimonio que era su indisolubilidad. Entonces ¿por qué no se casan los que quieren tener conjuntamente un hijo? no parece un buen comienzo para la paternidad/maternidad el negarse a casarse. LLEDO coincide con LACRUZ y agrega que si las dificultades funcionales u orgánicas impiden conseguir la concepción de un hijo y obligan a la pareja a recurrir a medios excepcionales, éstos sólo deben realizarse cuando el hijo futuro tenga tras sí el respaldo de una familia. El matrimonio supone, aunque débil, mayor garantía (53).

El grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado llegó a la conclusión de que sólo el matrimonio ofrecía las condiciones óptimas para traer un hijo al mundo. Civilistas como Lacruz, Lledó Yagüe, Carmen Hernández, Zanoni, Sancho Rebullida, Peña Bernaldo de

Quirós coinciden con esta posición; lo mismo que los moralistas Javier Gafo, Hortal Alonso y Marciano Vidal.

b) Otro sector de la doctrina considera que si bien el matrimonio es la situación ideal o el desideratum para que nazca un niño (54), tampoco se puede negar que la dinámica experimentada por la sociedad ha incidido en los cambios producidos en las relaciones de pareja que ha provocado, a su vez, un cambio de mentalidad en las personas. Como señala GITRAMA, ya no existe, en la inmensa mayoría de la sociedad, la íntima convicción que sólo el matrimonio es la única unión entre el hombre y la mujer que ética, social y jurídicamente debe ser reconocido y protegido (54).

Esta situación fue denunciada por el ministro de Justicia en el Senado durante la discusión de la Proposición de Ley del divorcio. En esa ocasión, FERNANDEZ ORDOÑEZ dijo: "la familia de hecho, la libertad sexual y la generalización de la convivencia libre ha desbordado como un torrente los cauces de las viejas leyes (56).

Es así como FALZEA advierte que el número de parejas no casadas, en los países europeos, representa una realidad que no es ni marginal ni desdeñable y que tiende a una mayor extensión del fenómeno por tratarse de un proceso irreversible de las instituciones culturales (57). Tenemos países como Suecia donde de cada tres niños que nacen, uno es de madre que vive en cohabitación con un hombre (58).

Para SERRANO MORENO la idea de que sólo si había matrimonio, había familia ha sido sustituida por otra. Según ésta, de una relación de convivencia el ordenamiento jurídico va a deducir una serie de consecuencias jurídicas, con independencia de que concurra la variante del matrimonio y siempre que concurren otra serie de variantes flexiblemente determinadas, como puede ser la unión sexual estable (59).

O'CALLAGHAN indica que la unión de hecho "no está prevista ni tampoco prohibida por el Derecho. Es ajurídica pero no antijurídica. Carece de normativa legal, sin embargo, produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica" (60). Por tanto, la pareja estable vendría a encuadrarse dentro de la noción genérica "relaciones contractuales de hecho" pues se trata de un hecho o situaciones irrelevantes, en principio, para el Derecho pero que, sin embargo, viene a producir efectos jurídicos (61).

La convivencia en la pareja estable aparece en la realidad social con aspectos similares a la convivencia matrimonial. En la pareja estable, el elemento afectivo y amoroso aparece constante pues la continuidad de la situación viene condicionada, exclusivamente, a la presencia y subsistencia de tal elemento. Por ello, según GITRAMA, resulta esta convivencia precaria, a diferencia de la matrimonial, que es mucho más estable porque resulta legalmente obligada y

sólo puede legalmente dejar de serlo a través de un procedimiento judicial (62).

Pero, ¿que entiende la doctrina por pareja estable o unión de hecho? ESPIN CANOVAS entiende que es la unión entre un hombre y una mujer que, sin sujetarse a la celebración de matrimonio de ninguna forma, pretenden establecer una relación de convivencia precisamente *more uxorio* (63). ESTRADA ALONSO la define como "la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos" (64). GITRAMA dice que "son aquellas relaciones heterosexuales no conyugales pero de naturaleza exclusiva que presentan cierta estabilidad en el tiempo y tienen por marco un hogar común" (65).

¿Cuáles son los requisitos fundamentales que debe reunir una pareja para ser considerada estable?

- La convivencia debe ser *more uxorio*. Es decir, debe estar constituida por el aspecto material de la coexistencia diaria, desarrollada habitualmente por las familias matrimoniales.

Con este requisito de la convivencia, parte de la doctrina exigía una auténtica posesión de estado matrimonial basada en los requisitos de nombre (*nomen*), trato (*tractatus*) y

fama. CERDA GIMENO y ESTRADA ALONSO coinciden en sostener que no se puede hacer depender del utilizar o no el mismo nombre o de presentarse ante terceros como esposos la posibilidad de que el Derecho confiera efectos jurídicos a estas uniones de hecho. Para estos autores, el único requisito verdaderamente importante es el comportamiento, el trato matrimonial (*tractatus*), adornado de los componentes morales y materiales de la *affectio maritalis* (66).

La *affectio maritalis* ha de entenderse como "la amistad auténtica, el afecto recíproco entre compañeros, el origen espontáneo de la solidaridad y responsabilidad de los convivientes" (67). Este concepto ha sido elaborado por la doctrina italiana. GAZZONI indica que la jurisprudencia italiana entiende esta *affectio* como un requisito abstractamente exigido, pero concretamente deducido de la sola cohabitación prolongada por un período más o menos largo de tiempo (68).

ESTRADA ALONSO considera que no puede constituirse ni permanecer la unión libre sin el requisito de la *affectio*. Este concepto ha sido recogido por alguna jurisprudencia francesa; en cambio la jurisprudencia alemana no la recoge porque sólo considera el aspecto patrimonial de la relación.

- Otro de los requisitos que debe tener la pareja estable es que suponga una relación sexual heterosexual entre personas que hayan llegado a la completa madurez física y mental. La relación sexual convierte la mera convivencia en

unión libre. Tanto ESTRADA ALONSO como SERRANO ALONSO coinciden en que el elemento sexual es esencial para que la relación de pareja se considere como pareja estable o unión de hecho (69). GAZZONI disiente de esta posición al no ver obstáculos para que se dé una unión libre en la que no exista relación sexual, como en el caso de la inconsumación (70).

- Otra exigencia que debe cumplir la unión de hecho es que la pareja conviva o tenga comunidad de vida. Existen diferencias de opinión en la doctrina respecto al contenido que debe tener la convivencia. Un sector considera que en la convivencia ha de incluirse la comunidad de techo, mesa y cama. Es decir, hogar y vida común (71). Este criterio es seguido por la jurisprudencia italiana y por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos de Cuba, Bolivia, Panamá y Perú, entre otros.

Otro sector hace una interpretación más amplia, pues exige el requisito de duración y estabilidad, desapareciendo el requisito esencial de la cohabitación.

Para la doctrina francesa, la convivencia y la cohabitación son el elemento más frecuente en las uniones libres, pues la voluntad de vivir juntos implica para la mayoría de las parejas el compartir existencia, vivienda y alimentos que caracteriza el modo de vida general de los concubinos igual que si fueran esposos (72).

ESTRADA ALONSO cree que "la continuidad de la relación debe demostrarse en las convivencias no tanto por su realidad material como por la voluntad tendencial de estar juntos" (73). Esta convivencia debe ser voluntaria con lo cual se eliminan los supuestos de convivencia derivados de delitos sexuales. Algunos excluyen el supuesto de que uno de los convivientes este ligado con otra persona con un vínculo de matrimonio válido. Para la doctrina francesa no procede esta exclusión.

- Otra exigencia que debe cumplir la pareja estable o unión de hecho es el de la estabilidad. La doctrina moderna determina la estabilidad por la duración de la vida en común de la pareja. Para ESTRADA ALONSO "la fijación de un número mínimo de años para reconocer efectos jurídicos a las uniones de hecho le parece el único sistema válido que garantiza la estabilidad" (74). Este criterio ha sido desarrollado en los países donde se ha regulado la unión libre: Perú, Bolivia y Panamá.

Algunos autores franceses ven la estabilidad de la unión en la realización conjunta por parte de la pareja de algunas actividades como la adquisición de una vivienda, la apertura de una cuenta bancaria conjunta o la explotación común de una empresa.

También se señala que la determinación del número de años, si bien puede servir como indicio de certeza, no parece definitivo. De una parte, se estima que ha de tenerse en cuenta la significación y contenido de los mismos y de otra

parte, se conforman con que se acredite la intención de convivir more uxorio.

- Y, por último, otra de las características que debe cumplir la unión de hecho es la ausencia de toda formalidad en la relación.

Una vez analizado qué entendemos por pareja estable o unión de hecho y cuáles son sus principales características, debemos preguntarnos si éste es el marco adecuado para que nazca un niño. Es decir, si la pareja se encuentra capacitada para hacerse cargo de la educación del niño, entendida ésta como procedimiento de incorporación a la sociedad y si, desde un punto de vista jurídico, esto es posible.

GRACIA RUBIO considera que en el ordenamiento jurídico español existen razones suficientemente relevantes para permitir la fecundación artificial homóloga (aplicable también a la con donante) a las parejas casadas. Basa su afirmación señalando que la Constitución española disocia muy claramente la referencia al matrimonio (art.32) y "que la Constitución declara que los poderes públicos aseguran la protección económica, social y jurídica de la familia sin distinguir que sea o no matrimonial. Por tanto, no sería arriesgado afirmar que si los poderes públicos optan por facilitar el acceso a las técnicas de fecundación artificial a las parejas casadas, están también obligadas a hacer lo propio con los individuos que decidan agruparse en

una organización que merezca la consideración de familia lo que, en el estado de evolución de nuestra sociedad, incluye, como mínimo, no sólo a la que se funda en el vínculo matrimonial, sino también a la que nace de la pareja heterosexual estable" (75).

LLEDO disiente de esta opinión señalando que "este razonamiento tiene el peligro de que fuera reversible y que el día de mañana se tuviera que hacer lo propio con la pareja homosexual (sólo imaginable, a su vez, concurriendo la posibilidad de una maternidad subrogada) y/o lesbiana, es decir, que en esas uniones deba conceptuarse su organización como grupo de familia debido a su cohesión y estabilidad interna y, por ende, admitirse el recurso de las mismas a las técnicas de fecundación asistida" (76).

De otra parte, una de las críticas que se hace a que la mujer que forma pareja estable, sea usuaria de estas técnicas es que este tipo de unión no ofrece estabilidad. Se dice que esta unión "está permanentemente amenazada por la voluntad incontrolada de romper la convivencia por uno y otro" (77).MORO ALMARAZ contesta a esta afirmación diciendo que "el matrimonio es, cada vez menos, garantía de perdurabilidad.La durabilidad, al menos institucional, en el entorno de un Ordenamiento que admite el divorcio no es inherente a la pareja matrimonial" (78).

Desde otro punto de vista, uno de los problemas que presenta la pareja estable es la forma de probar su

condición, situación distinta a la de la pareja matrimonial donde la prueba es sencilla y segura. Al respecto, LACRUZ opina que podría establecerse un registro de uniones libres (79). Esto traería el inconveniente de que personas que conscientemente han decidido prescindir de la ley para organizar su vida afectiva tendrían, en cierta manera, que reconocer al inscribirse el tipo de relación que han decidido llevar.

Tanto el Informe Palacios como LLEDO estiman que la posesión de estado podría permitir la prueba de la estabilidad de la pareja. Dado que la posesión de estado deriva de un conjunto de actitudes, tales como el comportamiento continuo y permanente de ambos convivientes, actuando como cónyuges y asumiendo la obligación y deber de dicho status (80).

Cuando hablamos de la necesidad de probar la estabilidad de la pareja, no hay que olvidar que las parejas que recurren a la fecundación <in vitro>, han intentado previamente, durante un tiempo más o menos largo, ser padres por el medio natural. Después de estos intentos frustrados han recurrido a la ayuda médica, lo que conlleva someterse a varias pruebas y exámenes médicos ¿no es ésto una muestra de querer asumir una paternidad/maternidad en forma consciente y que nos está dando una muestra de estabilidad? Hay que señalar que casi todos los médicos que asistieron a la Comisión especial sobre estas materias del Congreso de los Diputados se manifestaron partidarios de que estas

técnicas se aplicaran a mujeres que formaran pareja, fuera ésta matrimonial o no. Incluso, la Ley de reforma del Código Civil en materia de adopción de 11 de noviembre de 1987, en su disposición adicional 3ª, estableció que la pareja estable puede adoptar simultáneamente a un menor. Dice la Disposición Adicional 3ª: "Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicable al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal".

Al hablar de probar la estabilidad, surge la pregunta ante quién ¿ante el equipo médico que realiza la fecundación <in vitro>? ¿ante los Centros y Servicios Sanitarios donde se efectúa la fecundación <in vitro>? ¿ante la Comisión Nacional de Reproducción Asistida? De la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados se deducía que debía probarse la estabilidad ante los Centros y Servicios Sanitarios que llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida.

SANCHO REBULLIDA comentaba al respecto que si se llegaba a aprobar esta Proposición se produciría la situación de que la aspirante a que se realice una fecundación <in vitro> con transferencia de embriones (FIVTE) debería probar su posesión de estado de pareja estable ante el médico director de un hospital. Por tanto, lo que se le exigiría a la mujer es la prueba documental de que no está casada y

"la probanza, por parte de la aspirante, de la posesión de estado de establemente emparejada, ante el médico director de un hospital", con lo cual "se sienta una suerte de presunción iuris tantum de emparejamiento estable" (81).

MONTES FENADES consideraba -antes de la dictación de la LTRA- que para evitar problemas respecto de la valoración de la estabilidad de la pareja se debía solicitar un previo consentimiento del consorte de la pareja. Con este consentimiento pasaría a un segundo plano el problema de la estabilidad ya que la experiencia y práctica forenses hacen dudar de las "estabilidades", incluso en el caso del matrimonio (82).

Así, lo entendió la Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, al establecer en su art.8.2 que el consentimiento otorgado por el varón de la pareja para que a su compañera se le realice una FIVTE será considerado como escrito indubitado a los efectos previstos en el art.49 de la Ley del Registro Civil. Prescribe el art.8.2: "Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art.49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de estas técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad".

Otra de las objeciones que se hace a este tipo de unión es que el hijo tiene derecho a tener un padre y una madre en relación institucional y permanente (83). Los que disienten de esta opinión consideran que "el hijo tiene atribuidas todas las facultades precisas para llegar a tener un padre o madre legales que le cuiden, tanto por la Constitución como por el Código Civil, sin que ello presuponga el matrimonio de sus progenitores. No se puede afirmar que el hijo tiene derecho al matrimonio de los padres" (84).

De otra parte, se piensa que al no estar casada la pareja se esta tratando de eludir las responsabilidades de socialización de la familia, lo que no constituiría una buena base para la paternidad y maternidad. Disienten de esta afirmación, los que consideran que "este tipo de unión puede ser un vehículo adecuado para la educación y socialización del hijo, al menos en la medida en que conste, a priori, que va a haber una madre y un padre, que aún no siendo biológicos se proponen realizar el rol o papel de padre ante la sociedad" (85).

En esta misma línea estan los que encuentran que no debe prohibirse estas técnicas a las parejas estables, pero si debe asegurarse la determinación de la filiación del hijo que nace producto de estas técnicas y el convencimiento de los integrantes de la pareja de querer ejercer la paternidad y maternidad que como individuos pretenden (86).

La mayoría de los integrantes del Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado consideró que sólo la mujer casada debe ser usuaria de estas técnicas. Disintieron de esta posición CARMEN FRIAS y GARCIA ANCOS (87).

En la doctrina son partidarios, entre otros, de autorizar a la mujer que forme pareja estable como usuaria de las técnicas de reproducción asistida: Montés Penadés, Moro Alamaraz, Merino Gutierrez y García Rubio (88).

Como señala ZARRALUQUI, la tendencia presente es la asimilación de la pareja estable al matrimonio a la hora de autorizar la procreación asistida (89). Así, se puede constatar en el Informe Warnock, Informe Benda, Informe sueco sobre fecundación <in vitro>, Informe Waller de Australia, Propositiones de Ley Nº852, 2231 y 2603 presentadas en el Parlamento italiano. Por su parte, los CECOS franceses (Centro de Estudio y de Conservación de Esperma) consideran que la donación de esperma se entiende únicamente de pareja a pareja, sea ésta matrimonial o estable (90).

En España, el Informe Palacios señaló que "desde una perspectiva ética se ha defendido en la Comisión que la pareja estable debería ser el ámbito necesario en el que se realicen estas técnicas de procreación, no porque se haga una defensa a ultranza de la familia y del matrimonio sino pensando en los hijos que van a nacer, que deberán ser

engendrados en el sentido más amplio posible, es decir, en la pareja heterosexual estable" (91).

A su vez, en la Recomendación Nº6 de dicho Informe se dice:

"se debería considerar como pareja heterosexual estable a la pareja que mantenga una relación similar al matrimonio" y la

Recomendación Nº 14 señala que estas técnicas "tendrán como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana para facilitar la procreación cuando las demás terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas, ineficaces o imposibles de realizar".

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados -que tuvo como base el Informe de la Comisión- en su art.2.1 letra b establecía que estas técnicas debían realizarse en mujeres mayores de edad, sin especificar absolutamente nada en cuanto a su vinculación de pareja y en el art.7.1 se señalaba qué debía entenderse por pareja estable.

Decía el art. 7.1 : " Se deberá considerar como pareja estable a la pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio y asuma, respecto de los hijos los derechos y obligaciones de aquel".

Hay que señalar que todos los grupos políticos, a excepción del democristiano, estuvieron de acuerdo en considerar a la mujer que forma pareja estable como usuaria de esta Ley de fecundación asistida.

En el Informe de la Ponencia que fue aprobado por la Comisión de Política Social y Empleo, se aceptaron dos enmiendas del Grupo Socialista (Nº367 y 368) mediante las cuales la redacción del art. 7.1 pasó a constituir el art. 7.2.

En la tramitación de la Proposición de Ley en el Senado, el Grupo de Coalición Popular (refundado, hoy, como Partido Popular) se opuso a que la mujer que forma pareja estable fuera usuaria de las técnicas de fecundación asistida. Es decir, en esta etapa de la tramitación, Coalición Popular y la democraciacristiana consideraron que sólo la mujer casada podría recurrir a la fecundación asistida.

En las enmiendas aprobadas en el Senado se modificó el art. 6.1 estableciéndose que "toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar".

El requisito de que la mujer tenga al menos dieciocho años es discutible. Como indica LLEDO YAGÜE se debió establecer una similitud con la edad requerida para adoptar, que es veinticinco años. De lo contrario, se está privilegiando la fecundación asistida frente al vínculo adoptivo (92).

El adjetivo "toda" pone de manifiesto, como señala PANTALEON, que en contra de la opinión mayoritaria, el legislador ha optado por no restringir a las mujeres casadas o a las que conviven more uxorio el acceso a las técnicas de reproducción asistida (93).

Consecuentemente, con esta nueva redacción del art. 6.1, se eliminó el artículo que definía lo que se entiende por pareja estable. Esta eliminación es congruente con la idea de aceptar a la mujer sola -sea estéril o no- como receptora de la ley. Toda esta nueva situación fue plasmada en la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

3.3.- Mujer sola:

El concepto de mujer sola no es un concepto jurídico sino literario y psicosocial. Se entiende por mujer sola, aquella que no tiene pareja estable de sexo masculino o que no convive manteniendo relación sexual con nadie.

La aplicación de la fecundación <in vitro> en la mujer sola y en las parejas no convencionales (homosexuales) es un tema cuyo tratamiento, en los Informes y proposiciones de ley presentados en otros países europeos, presenta uniformidad en el sentido de existir un rechazo casi generalizado a autorizarla. Hay unanimidad para no aceptarla en las parejas no convencionales y salvo la proposición de ley presentada por el Grupo Mixto italiano; tanto el Informe sueco sobre fecundación <in vitro>, el

Informe Warnock, Informe Benda, las proposiciones de ley italianas de 16 de noviembre de 1983 y de 25 de febrero de 1985, las recomendaciones de los Informes del CAHGE y del CAHBI del Consejo de Europa rechazan como destinatarias de las técnicas de fecundación asistida a la mujer sola.

La razón básica de esta negativa es que el derecho a procrear no puede ser considerado como un derecho absoluto, ni un hijo puede tener nunca la posición de objeto de un derecho subjetivo (94). En otras palabras, frente a la colisión de derechos entre el derecho de la mujer a ser madre y el derecho del hijo a nacer dentro de una familia, se privilegia el derecho del hijo.

Los que defienden a la mujer sola como posible receptora de la fecundación <in vitro>, lo hacen en virtud de un pretendido derecho al hijo, basado en el derecho a la procreación. Se apoyan, algunos, en lo señalado por la Convención europea de Derechos Humanos que informa del derecho de las mujeres solas, de las parejas lesbianas, a la maternidad, así como del de la pareja homosexual a la paternidad (95). Hay que señalar que este pronunciamiento ha sido referido a situaciones de paternidad y maternidad ya establecidas por la vía natural (de relación sexual heterosexual) y de adopción. No para el caso específico de la fecundación <in vitro>.

En la parte III de la exposición de motivos de la ley española sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", se

indica que "la gestación por sustitución y la gestación de mujer sola, son posibilidades que llevan a interrogarse si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe establecerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger" (...). Agrega, "no obstante desde el respeto de los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente" .

Consecuente con esta postura, la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida" en su art. 6.1 establece que "toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito".

Con esta disposición, la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida se aleja de los planteamientos sostenidos, en esta materia, por los Informes y proposiciones de ley presentados en otros países europeos. Como ya señaláramos, en el ámbito de Europa, sólo la proposición de ley italiana presentada por el Grupo Mixto acepta a la mujer sola como destinataria de estas técnicas. Justificó esta aceptación el diputado RIZZO diciendo que "la aspiración de maternidad de una mujer que decide procrear un hijo fuera de las

normales relaciones sexuales es legítima y merece tutela jurídica" (96).

Antes de analizar los argumentos favorables contrarios a la aplicación de la fecundación <in vitro> en la mujer sola, hay que señalar que la mujer que recurre a esta técnica es estéril, pues, de lo contrario, se sometería a la inseminación artificial, procedimiento más simple que la fecundación <in vitro>. Para saber si una mujer es estéril (salvo en el caso de ausencia de útero o de operaciones) ésta debe haber intentado tener un embarazo al menos durante un año y, por tanto, haber tenido relaciones heterosexuales. Esta situación es diferente a la de la mujer soltera, que no quiere quedar embarazada con un hombre, pero sí con el semen de un hombre (97).

a) Entre los argumentos favorables, que justifican que la mujer sola sea receptora de la fecundación <in vitro>, se encuentran, los que consideran:

- Que la esterilidad impide la procreación natural, lo que puede dificultar la formación y mantención de la pareja. En efecto, esto puede ser un factor negativo en la búsqueda de un compañero (dificultad de incentivación) y "no se debe privar a la mujer de la posibilidad de procrear, sin que quepa buscar necesariamente extraños rechazos sexuales que no solucionarían ese problema" (98)

Si bien es cierto, que el impacto emocional de la esterilidad es difícil de apreciar, no hay que olvidar que las tensiones y dificultades que presenta la fecundación <in vitro>, la hacen mucho más llevadera en pareja que

sola, ya que esta técnica conlleva una fuerte presión psicológica debido a la espera para que se aplique la fecundación <in vitro> y a los bajos índices de éxito. Cabe señalar que, a veces, recién al tercero o cuarto intento se consigue el embarazo (99).

- Que al igual que la mujer sola puede concebir por obra de una relación sexual no permanente ni estable, no se ve como se puede impedir -o por qué- que esto mismo se logre a través de la fecundación <in vitro>.

LABRUSSE RIOU disiente de este razonamiento, diciendo que si bien el Derecho no impide, por una prohibición inicial, el tener hijos libremente pues las mujeres pueden procrear hijos sin padre, gracias a amantes fugaces, esto no justifica que el Derecho deba reconocer a las instituciones médicas el deber de participar en la procreación de estos hijos (100).

- Que existe una similitud o asimilación con la adopción, donde la mujer sola puede adoptar. AURORA GONZALEZ plantea que si a una persona le es permitido adoptar, ¿por qué otra en similar situación de soledad no puede tener un hijo a través de esta técnica? (101).

Los que disienten de esta postura sostienen que "la diferencia fundamental radica en que aquí se programa para un niño la situación que en otros casos sólo se produce como remedio a una situación previa" (102).

También, indican que la adopción es una institución jurídica establecida en beneficio del menor y la

fecundación <in vitro> es en beneficio de los padres. Además, en la adopción se intenta suplir las deficiencias de una filiación defectuosa reaccionando el Derecho ante una situación ya producida.

- Que los artículos 10.1 y 15 de la CE proclaman el desarrollo libre de la personalidad y el derecho a la vida, donde se incluye el derecho a la salud. Si es la esterilidad una enfermedad que la medicina puede corregir no se ve por qué razón debe ser limitada a la mujer sola (103).

ROCA TRIAS no lo entiende así. Su planteamiento, basado en los derechos fundamentales, la hace concluir que si las técnicas se justifican por el derecho a la salud, se excluiría a la mujer sola como sujeto, no así a partir de un derecho a la procreación (104). Este razonamiento sólo puede entenderse si concebimos la esterilidad como una enfermedad de la pareja.

- Que la Constitución española al hablar de familia hace mención explícita de la madre y de los hijos, independientemente del hecho de su relación matrimonial o estable. Como consecuencia, el matrimonio no es la única causa de la familia. De aquí, se deduciría un derecho constitucional a la que la soltera efectivamente pueda ser madre y si puede serlo por modo natural también podría serlo a través de un procedimiento artificial (105).

Contestan a este planteamiento señalando que la Constitución protege a las madres que ya lo son, pero no señala el derecho a serlo (106).

De otra parte, para ZARRALUQUI el derecho a procrear no es un derecho individual, sino mancomunado, y, por tanto no puede exigirse por parte sólo de la mujer, sin que exista un varón que, a través de su consentimiento, complete su titularidad para tal ejercicio (107).

- Para DE LEON ARCE, una mujer sola puede desear tener un hijo, a través de estas técnicas, por razones legítimas y totalmente normales. El que rehuse tener relaciones sexuales con un hombre puede obedecer a que la mujer tenga un espíritu excesivamente independiente, a que realice una actividad difícilmente compatible con el matrimonio o a - por último- no haber encontrado el hombre adecuado para tener un hijo. La misma autora se pregunta si esta situación no podría suplirse con la adopción. Considera que no, debido a los engorrosos trámites que conlleva la adopción y, además, porque es "mucho más conveniente para el niño y más gratificante para la madre, que la unión entre ambos se produzca desde el primer momento de su vida a través de la gestación y el parto" (108).

Se objeta este planteamiento, en cuanto se daría un choque de intereses entre los derechos del hijo y de la madre. Junto al derecho de la mujer sola a tener un hijo, está el del niño a nacer y desarrollarse en el seno de una

familia lo más completa posible, como lo aconsejan la sicología y pedagogía modernas.

En la doctrina, son partidarios de que la mujer sola sea usuaria de estas técnicas de fecundación asistida, García Ancos, Merino Gutierrez, León Arce, Aurora González, José Antonio Souto, entre otros. Por su parte, PANTALEON señala que él hubiera estado por esta posición si el legislador no hubiera consagrado el anonimato e "inmunidad jurídico familiar" de los donantes de semen (109).

b) Uno de los argumentos con que se rechaza la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en la mujer sola es porque se entiende que no van a llegar a constituir una familia en sentido pleno y que no hay necesidad de crear huérfanos de padre . Se trata de una situación distinta de los huérfanos que ya existen, a quienes se les resuelve el problema al ser acogidos por una familia en adopción. Aquí, con estas técnicas se están creando huérfanos. Y no sólo está el problema de ser hijo de padre desconocido, sino que, además, se le va a privar de una serie de consecuencias jurídicas, que en principio, pudieran haberle sido favorables, tanto en orden a la determinación de su filiación, como a los derechos correspondientes a la patria potestad, lazos familiares, etc (110).

Desde otro punto de vista, cuando se utiliza la fecundación <in vitro> en mujeres solas, existe el riesgo de separar tajantemente sexualidad y fecundación, lo que desvirtuaría

algo inherente al ser humano: el ejercicio de la sexualidad heterosexual. Distinto es el caso cuando una pareja recurre a la fecundación <in vitro>, pues aquí se está subsanando una carencia funcional que les impide lograr la procreación mediante la relación sexual.

En la doctrina, son contrarios a permitir que la mujer sola sea usuaria de las técnicas de reproducción asistida, Lledó Yagüe, Carmen Hernández, Moro Almaraz, Albacar López, Zarraluqui, Zanoni, Sancho Rebullida, Lacruz, Roca Trias y el Informe del Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por su parte, GARCIA RUBIO lo encuentra dudoso y cree que depende del modelo de familia que el ordenamiento jurídico esté dispuesto a sustentar (111).

Por su parte, el Informe Palacios señaló que la aceptación de la mujer sola como receptora de estas técnicas se basaba en los artículos 9, 10, 14, 18, 39.1 y, muy especialmente, en el 39.3 de la CE (...) señala que "nuestro criterio, abundando para ello en el punto 3 del citado art. 39 por el que (los padres deberán prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio), se inclina porque la Constitución dispone que la mujer sola o soltera pueda ser madre, y si puede serlo por un derecho constitucional por la vía y modos naturales, también podría serlo por un procedimiento no natural; línea de pensamiento que coincide con lo establecido por la Convención europea de los Derechos Humanos que contempla el derecho de la

mujer a tener hijos aunque no tenga padre legal" (112). De aquí, que en sus recomendaciones 118, 119, 120 y 121 se autorice la utilización de estas técnicas en mujeres solas sean éstas estériles o no.

Recomendación 118 señala que : "Podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas si padece esterilidad irreversible que la justifique y con cargo al erario público".

Recomendación 121 establece que : "Para autorizar una gestación en la mujer sola por estas técnicas, se valorará previa y razonablemente si la mujer reúne las condiciones precisas para gestar, mantener y educar dignamente al futuro hijo, y para facilitarle el adecuado ambiente de bienestar, evitando que pueda ser vejado o indiscriminado socialmente, por causas ostensibles y notorias inherentes a la madre".

Sólo me he referido a las recomendaciones 118 y 121 porque son las que afectan a la mujer que se somete a la fecundación <in vitro>, porque como ya se indicó, la mujer que recurre a esta técnica es estéril.

En las sugerencias formuladas al Informe de la Comisión Especial sobre estas materias del Congreso de los Diputados, tanto el informe del Grupo Popular, del Grupo Centrista, Minoría Catalana y del Grupo Vasco rechazaron a la mujer sola como usuria de estas técnicas (113).

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, como ya se señalara, se basó en las recomendaciones del Informe de la Comisión Especial del Congreso de los Diputados (Informe Palacios).

En su Disposición Adicional Primera señalaba:

1.- La mujer sola podrá recurrir a estas técnicas de Reproducción Asistida si padece esterilidad irreversible que la justifique, con cargo a la sanidad pública, en los Centros Sanitarios Públicos, concertados o vinculados a ella.

2.-La mujer sola no estéril podrá recurrir a la inseminación artificial con donante, con gastos a su cargo.

3.-Para autorizar la aplicación de estas técnicas de reproducción a la mujer sola, los Servicios Sanitarios habrán de recibir previamente de la mujer la información documental de que no esta casada ni constituye pareja estable, así como de que puede mantener y educar dignamente a la posible descendencia, facilitándole el adecuado ambiente de bienestar y evitando que los así nacidos puedan ser vejados o discriminados por causas ostensibles y notorias con ella relacionadas.

4.- Los hijos nacidos de mujer sola por estas técnicas serán registrados como sin padre, sin hacer referencia a su origen biológico.

Los distintos grupos Parlamentarios en el Congreso de los Diputados propusieron la supresión de la Disposición Adicional Primera de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista, por distintas razones, a través de las enmiendas Nº43, 94, 171, 214, 250, 288, 325 y 326. Estas enmiendas fueron rechazadas en la Comisión de Política, Social y de Empleo el 18 de mayo de 1988 y se aceptaron las enmiendas Nº 381 y 382 presentadas por el Grupo Socialista.

De esta forma, el texto que fue enviado al Senado mantiene la Disposición Adicional Primera en sus puntos 1 y 2; modifica la redacción del punto 3 (dice: "para analizar la aplicación de estas técnicas la mujer sola deberá acreditar

sus condiciones personales, sociales y sus medios de vida"), y suprime el punto 4 por regularse en forma genérica en el art. 8.2 de la Proposición.

De la lectura de esta Disposición Adicional Primera se podría entender que en el punto 1, prima el derecho a la salud de la mujer y en el punto 2, el derecho a la procreación. Además, presentaría una discriminación para la mujer que forma pareja estable, pues a ésta se le exige que sea estéril para recurrir a estas técnicas y, en cambio, a la mujer sola, no.

En el Senado se aprobó la enmienda del Grupo Socialista que eliminaba esta Disposición Adicional Primera, al mismo tiempo que se redactaba un nuevo art. 6.1, que recoge parcialmente el contenido de la Disposición Adicional Primera de la Proposición de Ley socialista.

El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó la nueva redacción del art.6.1. El Parlamentario Mardones Sevilla justificó este artículo, señalando que "viene a reconocer un derecho a la paternidad y maternidad por vía de la reproducción asistida" (114).

Es así como la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su art.6.1 consagra que "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito". Con esta disposición, se acepta que estas técnicas de reproducción

asistida puedan constituir un método alternativo de reproducción -basados en el derecho a procrear que tiene toda mujer- y no ,necesariamente, una posibilidad para solucionar problemas de esterilidad de la pareja humana.

NOTAS

- (1) CORTES GENERALES
"Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, ya cit,p.51
- (2) Fuentes. Plan Nacional de Centros de Orientación Familiar del Ministerio de Sanidad y Consumo,1984
Instituto Nacional de Estadísticas (INE); Revista Española de Investigaciones Sociológicas Nº10, 1988
- (3) BARRI,P
"Fertilización <in vitro>", ya cit. p.3
- (4) MONTE PENADES,V
"La genética actual y el Derecho de Familia" en Rev. Tapia Nº39 (monográfica sobre Derecho de Familia), abril, 1988, p.34
- (5) MONTE PENADES,V
"El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A , Madrid, 1988, p.180
- (6) DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL
"Informe del Comité de Investigación de la fertilización humana y embriología" (Informe Warnock), ya cit. recomendaciones 4, 6, 7, 57, 58 y 59
- (7) HONDIUS, F
"The council of Europe's contribution to solving problems raised by human artificial procreation" , en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid,1988, p.p. 59 y 61

- (8) CORTES GENERALES
"Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> e inseminación artificial humanas", Congreso de los Dipuatdos, ya cit, p.p.67 y 75

- (9) MINORIA CATALANA
"Sugerencias formuladas a determinados aspectos del Informe especial de estudio de la fecundación <in vitro> e inseminación artificial humanas", Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Madrid, 6 de mayo de 1986, p.203

- (10) MONTES PENADES,V
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.36 e Informe para la Comisión especial del Congreso de los Diputados, ya cit, p.2 y 3
ZARRALUQUI,L
"La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", en Revista General de Derecho Nº 501, junio, 1986, p.2452

- (11) LLEDO YAGUE,F
"Fecundación artificial y Derecho", Tecnos, Madrid, 1988, p.113

- (12) MARDONES SEVILLA,L
Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de Legislatura, Sesión Plenaria Nº 134 celebrada el 20 de octubre de 1988, p. 8239

- (13) ROCA TRIAS ,E
"La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional" , en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A , Madrid, 1988, p.29

- (14) ROBERTSON, J.A
"Procreative liberty, embryo and collaborative reproduction", U.K National Committee of Comparative Law, Colloquium, Cambridge 15-17 de septiembre de 1987 p.1

- (15) SKINNER versus OKLAHOMA 316 U.S, 1942

- (16) SILVA RUIZ,P
"Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización <in vitro> y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos", en el vol. La filiación a finales del siglo XX . Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A , Madrid, 1988, p.96

- (17) GREENBERG, J.D y HIRSH, H
"Surrogate Motherhood and artificial insemination: Contractual implication", en Medical Trial Technique Quarterly V:49, 1983, p.151
- (18) ROBERTSON, J.A
"Procreative liberty, embryo and collaborative reproduction", ya cit. p.2
- (19) PANTALEON PRIETO, F
"Procreación artificial y responsabilidad civil" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988, p.259
- (20) VIDAL MARTINEZ, J
"Las nuevas formas de reproducción humana" Cuaderno Civitas, Madrid, 1988, p.p. 33 y 34
- (21) La Convention européenne des Droits de l'Homme deduce que "il no semble pas que l'article 2 paragraphe 1 de la Convention puisse être envisagé autrement que comme assurant seulement à la vie humaine une protection contre les atteintes qui lui sont portées, sans pour autant, garantir à l'être vivant ainsi protégé un droit de procréer, au besoin, faute de capacité naturelle, par le moyen de la procréation artificielle".
- (22) SANTOSUOSSO, F
"La feconzazione artificiale umana", Dott.A. Giuffrè, Milán, 1984, p.p. 21 y sgtes
- (23) HEALTH, S
"La revolución sexual", Gedisa, Barcelona, 1984, p.78 y "Testo unificato della Commissione nuove norme a tutela della libertà sessuale de la Cámara de Diputados citado por DIEZ RIPOLLES, J "La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma", Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985, p.23
- (24) FERRANDO, G
"Procreazione artificiale: verso la regolamentazione per legge ", en Politica del Diritto N93, a.XVII, septiembre de 1986, p.556
- (25) VIDAL GARCIA, M
"Bioética. Estudios de Bioética racional", Tecnos, Madrid, 1989, p.86
- (26) HORTAL ALONSO, A
"Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro> humanas" presentada a la Comisión Especial de estudio de estas cuestiones en el Congreso de los Diputados, p.6

- (27) ZARRALUQUI, L
"Procreación asistida y derechos fundamentales",
Tecnos, Madrid, 1988, p.72
- (28) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la
fecundación <in vitro> y la inseminación artificial
humanas", Congreso de los Diputados, ya cit, p.68
- (29) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la
fecundación <in vitro> y la inseminación artificial
humanas", Congreso de los Diputados, ya cit, p.126
- (30) ROCA TRIAS, E
"La incidencia de la inseminación-fecundación
artificial de los derechos fundamentales y su
protección jurisdiccional", ya cit. p.34
- (31) LLEDO YAGÜE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.22
- (32) VIDAL GARCIA, M
"Bioética. Estudios de la bioética racional", ya cit.
p.122
- (33) MARTINEZ CALCERRADA, L
"La familia en la Constitución española" en Rev. de
Derecho Privado, noviembre, 1981, p.p. 972-973
- (34) VIDAL MARTINEZ, J
"La relación no matrimonial en el Derecho español" en
Rev. Tapia Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia),
octubre, 1987, p.30
- (35) GARCIA CANTERO, G
"Familia y Constitución" en vol. El desarrollo de la
Constitución española, Libros Fórtico, Zaragoza, 1982,
p.207
- (36) MONTES PENADES, V
Informe presentado a la Comisión especial sobre FIV e
inseminación artificial humanas, ya cit. p.8
- (37) DIEZ-PICAZO, L y GULLON, A
"Sistema de Derecho Civil" Vol. IV "Derecho de Familia
Derecho de Sucesiones", Tecnos, Madrid, 1983, p.33
- (38) LACRUZ BERDEJO, J y SANCHO REBULLIDA, F
"Elementos del Derecho Civil", tomo IV, "Derecho de
Familia" Librería Bosch, Barcelona, 1984, p.p. 43 y 45
- (39) LLEDO YAGÜE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.p. 99,
105 y 106

- (40) FOSSAR BENLLOCH, E
"Las uniones libres" en Estudios de Derecho de Familia, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1985, p.142 y "La Constitución española de 1978 y la unión libre", en Rev. Jurídica de Cataluña, 1982, p.117
- (41) CORTES GENERALES
"Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> e inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p.34
- (42) GAYA SICILIA, R
"Uniones de hecho y abusos de Derecho: un supuesto en Aragón" en Rev. Tapia Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre, 1987, p.p. 11 y 12
- (43) LLEDO YAGUE, F
"La relación jurídica de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", ponencia presentada al I Congreso Nacional de Bioética, Valladolid, mayo, 1986, p.6 y "Acciones de Filiación", Rev. La Ley, 1987, p.p. 228-230
- (44) VIDAL GARCIA, M
"Bioética. Estudios de bioética racional", ya cit. p.122
- (45) HERNANDEZ IBÁÑEZ, C
"Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas", Rev. de Legislación y Jurisprudencia Nº4, Tomo XCIII, octubre, 1986, p.490
- (46) VIDAL GARCIA, M
"Bioética. Estudios de bioética racional", ya cit.122
- (47) ZANONI, E
"La genética actual y el Derecho de Familia" en Rev. Tapia Nº 37 (monográfica sobre Derecho de Familia), diciembre, 1987, p.51 y
LLEDO, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.94
- (48) SANTO TOMAS
"Summa contra gentiles" L.III, C.122 y 123 I.III
- (49) SERIAUX, A
"Droit naturel et procréation artificielle: quelle jurisprudence", Recueil Dalloz, 1985, p.55
- (50) RESPUESTA DE LOS OBISPOS CATOLICOS AL INFORME WARNOCK
Documentación Católica Nº82, 1985, p.397

- (51) GORAN, E
"Swedish Legislation on artificial insemination" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988, p.69
- (52) PENA Y BERNALDO DE QUIROS, M(en colaboración)
"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>" , Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de los Registros y del Notariado, ya cit. p.12
- (53) LLEDO YUGUE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.106
- (54) MONTES PENADES, V
Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas, ya cit. p.2
- (55) GITRAMA GONZALEZ, M
"Notas sobre la problemática de la pareja no casada" en Libro-Homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, p.219
- (56) FERNANDEZ ORDONEZ, F
Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria Nº110 celebrada el 15 de junio de 1981 p.5581
- (57) FALZEA, A
"Informe General", p.152 citado por CERDA G, J en "La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho", en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Nº 1482 , año XLII de 15 de febrero de 1988, p.601
- (58) GORAN, E
"Swedish legislation on artificial insemination", ya cit. p.69
- (59) SERRANO MORENO, J
"Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio" en Actualidad Civil Nº29, septiembre 1987, p.1771
- (60) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X
"Compendio de Derecho Civil", Tomo IV, "Derecho de Familia", Edersa, Madrid, 1988, p.48
- (61) CERDA GIMENO, J
"La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho" , ya cit. p.607

- (62) GITRAMA GONZALEZ,M
"Notas sobre la problemática de la mujer casada", ya cit. p.211
- (63) ESPIN CANOVAS,D
"Familia no matrimonial", en Revista Tapia Nº 39 monográfica sobre Derecho de Familia), abril,1988 p.7
- (64) ESTRADA ALONSO,E
"Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español",Editorial Civitas S.A, Madrid, 1986, p.76
- (65) GITRAMA GONZALEZ,M
"Notas sobre la problemática de la mujer casada" , ya cit. p.210
- (66) CERDA GIMENO J
"La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho", ya cit. p.615 y
ESTRADA ALONSO,E
"Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español", ya cit. p.52
- (67) ESTRADA ALONSO,E
"Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español", ya cit. p.74
- (68) GAZZONI,F
"Dal concubinato alla famiglia di fatto", Edit. Guiffre, Milán, 1983,
- (69) ESTRADA ALONSO,E
"Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español", ya cit.p.71 y SERRANO ,J "Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio", ya cit. p.1771
- (70) GAZZONI,F
"Dal concubinato alla famiglia di fatto", ya cit. p.71
- (71) GITRAMA GONZALEZ,M
"Notas sobre la problemática de la pareja no casada" , ya cit. p.211 y CERDA,J "La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho", ya cit. p.615
- (72) RUBELLIN-DEVICHI,J
"L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait" en Revue trimestrielle du Droit Civil Nº3, 1984, p.p. 30 y 31
- (73) y (74) ESTRADA ALONSO,E
"Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español", ya cit. p.p. 65 y 66

- (75) GARCIA RUBIO, M.P
"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Civil español" en Rev. Tapia Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre, 1987, p.63
- (76) LLEDO YAGUE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.99
- (77) RAYMOND, G
"La procréation artificielle et le droit français", en Juris-Classeur Périodique Nº1, 1983, p.3114
- (78) MORO ALMARAZ, M.J
"Procreación, paternidad y fecundación artificial" en Actualidad Civil Nº23, semana 6-12 de junio de 1988 p.1436
- (79) LACRUZ BERDEJO, J
"Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes" presentado a la Comisión especial sobre estas materias del Congreso de los Diputados, p.4
- (80) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> e inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p.36 y
LLEDO, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.107
- (81) SANCHO REBULLIDA, F
"Los estudios previos y las líneas previsibles de la de la futura regulación española" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988, p.111
- (82) MONTES PENADES, V
"El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.p. 183 y 192
- (83) LLEDO YAGUE, F
"La regulación jurídica de la inseminación artificial y la fecundación <n vitro>", ya cit. p.6.
En esta misma línea RICO PEREZ, F "Responsabilidad civil en la procreación humana no natural" en Revista Tapia Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia) octubre, 1987, p.57
- (84) MORO ALMARAZ, M.J
"Procreación, paternidad y fecundación artificial" , ya cit. p. 1436
- (85) MONTES PENADES, V
"El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.192

- (86) MORO ALMARAZ, M.J
"Procreación, paternidad y fecundación artificial", ya cit. p. 1437
- (87) FRIAS, C y GARCIA ANCOS(en colaboración)
"Problemas que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", Ministerio de Justicia, D.G.R.N, ya cit. p.12
- (88) MERINO GUTIERREZ, A
"Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasso, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988, p.422
MONTES FENADES, V
"El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.192
MORO ALMARAZ, M.J
"Procreación, paternidad y fecundación asistida", ya cit. p.1437
GARCIA RUBIO, M.F
"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Civil español", ya cit. p.63
- (89) ZARRALUQUI, L
"Procreación asistida y Derechos Fundamentales" , ya cit. p.152
- (90) RUBELLIN-DEVICHI, J
"Les procréations assistées: état des questions" en Revue trimestrielle de Droit Civil , julio - septiembre 1987, p.p. 462 y 464
- (91) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV e inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p.35
- (92) LLEDO YAGUE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.119
- (93) PANTALEON PRIETO, F
"Procreación artificial y responsabilidad civil", ya cit. p.23
- (94) DE LEON ARCE, A
"La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación artificial" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco S.A, Editorial Trivium S.A , Madrid, 1988, p.411

- (95) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV e I.A. humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p. 34
- (96) GARCIA RUBIO, M.P
"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Civil español", ya cit. p.64
- (97) CENTRO DEMOCRATICO SOCIAL
"Sugerencias formuladas a determinados aspectos de la Comisión Especial, realizado por la Presidencia, por los Diputados de la Comisión y sus Grupos Parlamentarios" en Informe de la Comisión del Congreso de los Diputados, ya cit. p. 197
- (98) MERINO GUTIERREZ, A
"Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida", ya cit. p.426
- (99) PETERSEN, P
"Homologous <in vitro> fertilization" en Informe de fertilización <in vitro>", análisis del genoma y terapia genética (Informe Benda), ya cit. p.6
- (100) LABRUSSE-RIOU, C
"Des motifs d'esperer, la procreation artificielle" Editions du Cerf, París, 1986, p.139
- (101) GONZALEZ GONZALEZ, A
"Consideraciones respecto el Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV y la I.A. humanas" en Actualidad Civil Nº 41, 8 de noviembre de 1987, p. 2491
- (102) HORTAL ALONSO, A
"Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro> humanas", ya cit. p.6
- (103) DE LEON ARCE, A
"La mujer sola, sin pareja ante las nuevas técnicas de la reproducción humana", ya cit. p.414
- (104) ROCA TRIAS, E
"La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", ya cit. p.p. 17 y 23
- (105) SOUTO, J.A
Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 376 celebrada el 27 de noviembre de 1985, p.11482.
En la misma línea PELAYO DUQUE, M.D, Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 385 celebrada el 28 de diciembre de 1985, p.11682

- (106) SANCHO REBULLIDA, F
"Aspectos jurídicos de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas" presentado a la Comisión especial de estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, p.13
- (107) ZARRALUQUI, L
"Procreación asistida y derechos fundamentales", ya cit. p.153
- (108) DE LEON ARCE, A
"La mujer sola, sin pareja ante las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.412
- (109) PATALEON PRIETO, F
"Procreación artificial y responsabilidad civil" ,ya cit. p.p. 261 y 310 y "Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida" en Rev. Jueces para la Democracia, diciembre, 1988, p.23
- (110) DE LEON ARCE, A
"La mujer sola , sin pareja ante las nuevas técnicas de reproducción asistida" , ya cit. p. 412
- (111) GARCIA RUBIO, M.P
"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al derecho civil español" , ya cit. p.66
- (112) CORTES GENERALES
"Informe de la comisión especial de estudio de la FIV y la I.A humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p.128
- (113) GRUPO POPULAR,GRUPO CENTRISTA,MINORIA CATALANA, GRUPO VASCO
Sugerencias formuladas a determinados aspectos del Informe de la Comisión Especial, realizado por la Presidencia, por los Diputados de la Comisión y sus Grupos Parlamentarios, Congreso de los Diputados, ya cit. p.p. 194, 197, 202 y 208
- (114) MARDONES SEVILLA, L
Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Diario Sesiones, III Legislatura, Sesión Nº 134 celebrada el 20 de octubre de 1988, p.8239

CAPITULO TERCERO
EL "LLAMADO" DONANTE

1.- IDEAS GENERALES:

Los problemas jurídicos que plantea la fecundación <in vitro> aumentan cuando, para poder realizarla, se tiene que recurrir a gametos - espermatozoides, óvulos- de una tercera persona extraña a la pareja; es decir, al donante.

Se entiende por donante, aquella persona -hombre o mujer- que proporciona el material genético necesario para llevar a cabo una fecundación <in vitro>.

Algunos consideran que la donación de gametos es equiparable a la donación de sangre. Disiente de esta opinión, entre otros, ESER, quien considera que no se puede equiparar, puesto que la sangre se integra en el cuerpo de un tercero y el gameto da continuidad a la propia persona (1).

La fecundación <in vitro> con donante de semen produce la intromisión de material genético extraño en el seno del matrimonio o de la pareja estable. A su vez, la donación de un óvulo para ser fecundado con el espermatozoide del marido o conviviente de la mujer produce un resultado equivalente.

Sin embargo, las distintas formas de donación de óvulo conllevan problemas más complejos que una donación de semen. Cuando a una mujer se le extrae un óvulo para ser fecundado e implantado intracorporalmente en otra (donación

de óvulo) o cuando tras fecundación intracorporal, se extrae el óvulo y se implanta en otra mujer para la correspondiente gestación (trasplante de embriones tras fecundación intracorporal) o cuando un óvulo fecundado <in vitro> se implanta en la madre gestante (trasplante o transferencia de embriones tras fecundación extracorporal), no sólo se presenta una mayor complejidad médica sino, también, jurídica, al producirse situaciones de doble maternidad que analizaré en el capítulo dedicado a la filiación.

De otra parte, el perfeccionamiento de las técnicas de congelación de semen ha conducido a la creación de bancos de semen y embriones. La congelación de óvulos humanos no está resuelta, de ahí que aún no pueda utilizarse (2). La existencia de estos bancos ha facilitado la aplicación de la fecundación <in vitro> con transferencia de embriones (FIVTE) con mayor eficacia, ya que las posibilidades de éxito con las donaciones con material fresco eran más reducidas.

Desde hace años existen en España bancos de semen y se realiza la FIVTE con donantes. El hecho de su legitimidad no se cuestiona y un sector importante de la población lo considera como algo intrascendente o como un gesto caritativo (3).

Es así, como ya no se puede considerar que la cesión de la capacidad reproductora a una mujer constituya adulterio.

ALBACAR LOPEZ estima que no es posible su incriminación como delito autónomo (4) o como señala LABRUSSE, hoy día, no se considera ilícita la donación y utilización de gametos ajenos, a priori, siempre que no se incurra en la comercialización o contrapartida onerosa (5).

Por su parte, la doctrina italiana considera que el acto de disposición es lícito, siempre que no sea contrario a la ley, a las buenas costumbres y al orden público (6). Sin embargo, la Iglesia Católica a través de la "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" señala que "el recurso a los gametos de una tercera persona para disponer del esperma o del óvulo constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad" (7). Esta formulación deja entrever que la participación de un tercero, aunque sólo sea a través de sus gametos, podría equipararse al adulterio.

Los que disienten de esta postura consideran que en la fecundación con donante no hay adulterio, porque no hay comunicación sexual. Sólo hay comunicación genética que tiene lugar por medio de los gametos del donante, pero sin más lenguaje sexual que la entrega anónima de la mitad del aporte genético del nuevo ser (8).

La posibilidad de manipular gametos y embriones presupone un poder de disposición; semen y embriones pueden ser conservados y donados para su utilización posterior.

La manipulación de embriones humanos implica su obtención mediante la técnica de la fecundación <in vitro>, con el fin de transferirlos posteriormente al útero o utilizarlos en programas de investigación, con o sin su conservación previa, mediante congelación (9).

Como se ha reseñado, en la realización de esta técnica se extraen varios óvulos maduros mediante superovulación y se fecundan. Luego, se transfieren al útero tres o cuatro -menos de tres disminuye la posibilidad de embarazo y más de cuatro amplía el riesgo de embarazos múltiples- de modo que es posible que queden algunos embriones sobrantes. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 4º, prohíbe la transferencia al útero de un número de preembriones que se considere superior al más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

Estos embriones sobrantes pueden ser congelados y, si la mujer no queda embarazada en este intento, pueden ser transferidos dos o tres meses después sin necesidad de practicarle una nueva laparoscopia. Si la mujer ha quedado embarazada y los embriones sobrantes congelados no son deseados por la pareja, ésta puede cederlos o donarlos a otra pareja que no puede obtener embriones propios.

Los casos de un matrimonio chileno, padres de unos embriones congelados en un laboratorio australiano, que fallecieron ambos en un accidente aéreo y el de una mujer divorciada que solicitó, en Tennessee (Estados Unidos), la custodia de siete embriones que habían dejado congelados

con su marido en un laboratorio, evidencian los problemas jurídicos que plantea la congelación de embriones. ¿A quién pertenecen los embriones? ¿Quién puede disponer de ellos?

En el primer caso, los tribunales australianos decidieron que los embriones pertenecientes al matrimonio chileno fuesen ofrecidos a parejas estériles, de forma que fueran implantados en mujeres que no pudiesen tener hijos (10).

En el segundo caso, MARY DAVIS argumentó, durante el juicio, que los embriones congelados en el laboratorio son vida humana y podía ser su última oportunidad para quedar embarazada. Su ex marido alegó que los embriones son simple tejido humano y que la implantación de ellos en el útero de su ex mujer le convertirían en padre sin desearlo. La sentencia declaró que "los embriones humanos no son propiedad de nadie. La vida humana comienza en el momento mismo de la concepción" . Por tanto, los embriones congelados son vida humana y dió permiso a MARY DAVIS para que le fuesen implantados los embriones en su útero (11).

Si bien es cierto que la legitimidad de la donación de gametos es aceptada por amplios sectores, no sucede así con la de embriones, que es rechazada por algunos sectores por considerarla ilícita, contraria a la moral y anticonstitucional (12).

En este capítulo iré analizando algunos de los problemas jurídicos que presenta la llamada "donación", como:

- Naturaleza jurídica de lo donado: gametos y embriones
- Características del acto de disposición

- Anonimato del donante y derecho del nacido, por estas técnicas, a conocer su origen genético e identidad del donante.

2.- NATURALEZA JURIDICA DE LO DONADO:

Para dar una calificación jurídica de los gametos tenemos que recurrir, previamente, a lo que se entiende biológicamente por ellos. Los gametos (espermatozoide y óvulo), desde un punto de vista biológico, son células reproductoras o germinales producidas en los testículos y ovarios, respectivamente.

Desde posturas científicas, se les ha considerado como "poco más que bioquímica" (13) o como potencialmente creadores de vida humana. Al respecto, el Dr. BOTELLA en la "Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", explicaba que el esperma no es sólo la célula más complicada del organismo, sino que "además tiene la aportación de ese número haploide de cromosomas que va a servir para transmitir la herencia paterna" (14).

Caracterizados los gametos por su potencialidad para producir vida humana, son elementos que se resisten a una ubicación. Son, desde luego, "cosas como cosa es todo aquello que no es persona" pero "pocos admitirán un libre tráfico de estas cosas", opina MONTES PENADES. Agrega, "que no pueden situarse fuera del comercio y no es cierto que estén en sentido absoluto 'extra commercium' puesto que una

cierta circulación se admite e incluso se favorece sin graves problemas éticos" (15). Disiente LACRUZ porque para él, los gametos no son cosas porque son un res extra commercium (16).

Para SANCHO REBULLIDA, los gametos son simples células, ni siquiera son órganos cuyo control jurídico habrá de limitarse a su potencialidad fecundante (17).

ZANONI indica que tanto el semen como los óvulos una vez extraídos son jurídicamente cosas. "Si bien antes de su extracción constituyen parte de la persona y son, por tanto, inescindibles de la consideración personal y existencial del sujeto" .Pero, una vez que se separan del cuerpo dejan de formar parte de él y son susceptibles de constituir el objeto de las relaciones jurídicas (18).

Como afirma MORO ALMARAZ, los gametos no son cosas en sentido jurídico, difieren de otros productos humanos y sólo el titular puede disponer de ellos dentro de los límites fijados, con finalidad médica y solidaria (19). En cambio, para ZARRALUQUI los gametos son cosas porque son susceptibles de apropiación útil e individualizada, pero de tráfico restringido por su especial condición y calidad (20).

El Informe Palacios consideró que "los gametos no deben ser tratados como cosas sino como elementos utilizables para posibilidades positivas previamente aceptadas y, que en

consecuencia deben estar sometidos a las reglas de apropiación y libre circulación en base a ciertos principios entre los que podrían sugerirse que su tráfico lo sea sólo con fines terapéuticos o reproductores y se haga en forma gratuita, exceptuando la compensación de costes añadidos sin carácter de retribución por dicho material celular" (21) y recomendó que se autorizara la donación de gametos y embriones (Recomendación Nº 36).

Para el Derecho, según ALBALADEJO, "cosa es toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea suceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente" (22). Atendiendo a esta definición, los gametos no pueden ser cosas porque no son suceptibles de dominación patrimonial. Es decir, no son aptos para ser objeto de apropiación pues se trata de algo que no "puede ser sometido en su unidad, al señorío económico del hombre" (23).

Podemos concluir que los gametos son de difícil ubicación, debido a que son fuerzas genéticas del individuo con potencial para producir vida. Desde el punto de vista jurídico, no son cosas porque no son suceptibles de dominación patrimonial y son res extra commercium porque no pueden ser objeto de reclamaciones jurídicas. Se admite un tráfico limitado de ellos, siempre que tenga finalidad terapéutica y sea gratuito.

Los embriones plantean cuestiones de mayor complejidad y dificultad, en su calificación jurídica, que los gametos, pues éstos constituyen la fase primera del inicio de la vida humana. No hay acuerdo entre científicos, moralistas y juristas sobre cual es el status biológico y jurídico del embrión. Unido a la dificultad del establecimiento del status van los problemas relacionados con la licitud de determinadas investigaciones en embriones y la disposición de los embriones sobrantes.

Como señaláramos, no todos los embriones resultantes de la fecundación <in vitro> son implantados en la mujer, sea para evitar partos múltiples -con la práctica de la FIVTE hay un treinta por ciento de partos múltiples (24)- o porque algunos no son viables. El destino de estos embriones sobrantes, la licitud de posibles investigaciones con ellos, plantean serios interrogantes que dan posibilidad a realizar otros estudios. Por tanto, sólo me circunscribiré al tema que estoy tratando: ¿cuál es el status del embrión?

Al estudiarse el proceso de desarrollo biológico humano existen diferentes posiciones valorativas del embrión en sus fases iniciales. No se ha determinado, en forma tajante, en qué momento comienza la vida humana, si cuando se unen los dos gametos, ya sea fisiológicamente o en el laboratorio, si al encontrarse el embrión en el vientre de la madre, si cuando el embrión ha anidado en el útero o si cuando se forma el sistema nervioso del embrión, en

correspondencia o relación con la certificación de la muerte.

Así también lo considera la Exposición de Motivos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida en su apartado II, al señalar que: "con frecuencia se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora se hace en forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario tal y como indica el Consejo de Europa en su Recomendación 1046".

El problema del status del embrión surge, desde el punto de vista genético, al considerar que la individualización del nuevo ser requiere de dos propiedades: a) de unicidad (ser único e irrepetible) y b) de unidad (ser uno solo). El requisito de "unicidad" se quiebra en los supuestos, escasísimos, de los gemelos monocigóticos (formados por un desdoblamiento de un mismo cigoto en dos iguales, con el mismo código genético inicial) y el de "unidad" se quiebra a su vez con la existencia de quimeras humanas o personas formadas por la unión de dos cigotos o embriones distintos.

Ambas propiedades, de unicidad y unidad, no quedan definidas en el desarrollo embrionario hasta la aparición de la cresta neural que ocurre el décimocuarto día a partir

de la fecundación, coincidiendo con el término de la implantación del blastocito en las paredes del útero.

Desde la problemática ética, es indudable que la nueva vida empieza desde el momento de la fecundación -de dos realidades distintas: gametos surge una tercera realidad: cigoto- cuyo programa genético contenido en dos pronúcleos es un programa humano (25). Sin embargo, como indica LACADENA, el planteo correcto del problema supone interrogarse por el momento a partir del cual esa vida humana, que comenzó en el momento de la fecundación, está ya individualizada. Es decir, cuándo pertenece a un individuo concreto. (26).

La "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" en su art. 4º establece: "el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de la concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida" .

Siguiendo esta línea de pensamiento STORCH considera que "todo ser humano es persona desde el mismo momento de la concepción" y "tiene capacidad jurídica abstracta", es decir, "posibilidad de ser titular de derechos". Agrega que el nuevo ser vivo tiene identidad propia manifestada por una especial reacción del ADN, que determina la existencia de un código genético distinto del de sus padres o

aportadores de los gametos y de esta identidad e individualidad cromosómica, concluye, existe persona (27).

VIDAL GARCIA en las sesiones celebradas por el grupo de trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado se preguntaba "si entender que hay vida humana anterior a la anidación en el útero ¿no será incurrir en exageraciones análogas a la idea medieval, sobre el semen, de la existencia en él de homúnculos?" (28). Este autor indica que la vida humana merece todo el respeto, desde el momento de la fecundación y que el proceso de fertilización marca la existencia de una realidad distinta de los progenitores, con toda la dotación cromosómica y capacidad de autodesarrollo. Hecha esta afirmación, agrega que no le corresponde a la vida en gestación la categoría de persona, en sentido jurídico, aunque sea un bien que ha de ser protegido por las leyes y quizás no debe aplicársele tampoco el concepto filosófico de persona, dado que esta categoría filosófica explica directamente realidades del mundo humano que solamente están implícitas en la vida en gestación (29).

Por su parte, ESER señala que "desde la fecundación hay vida específicamente humana, vida que en su programación genética posee en todo momento el potencial completo de un ser humano, a este 'sujeto potencial' -independientemente de la polémica en torno a su 'individualización' o 'personalidad'- no se le puede negar un status moral en el

sentido de que en principio está cualificado y es merecedor de protección" (30).

Responde la afirmación ENGELHARDT, diciendo que vida humana tiene todo organismo humano. El espermatozoide y el óvulo tienen vida y esta vida, que es humana, no convierte a estas células en miembros plenos del género humano (31).

Para ZARRALUQUI "es evidente que en el embrión existe vida humana pero no es lo mismo vida humana que ser humano que exige la concurrencia de todos los elementos esenciales entre los que se encuentran ser uno y único (unicidad)" (32).

En relación a que el embrión es un ser humano en potencia o sujeto potencial, los que disienten de esta posición consideran que al calificar o utilizar la expresión ser humano en potencia, se está diciendo que no es un ser humano (33). ENGELHARDT estima, acertadamente, que hablar de potencialidad es equivoco y más exacto sería señalar que existe una probabilidad de llegar a ser persona humana, teniendo en cuenta el altísimo número de cigotos que nunca nacerán (34).

El Informe sobre "Consideraciones Éticas de las Nuevas Tecnologías Reproductivas" (Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies) de la Sociedad Americana de Fertilidad considera que el cigoto humano tiene sólo potencial teórico y estadístico para llegar a ser un miembro de la comunidad humana con estatuto reconocido; de

hecho, uno de cada tres cigotos llega a implantarse. Agrega que, en esta etapa, no se puede hablar de individualización en sentido filosófico y biológico, lo cual implica que el embrión humano merece un respeto especial, pero no en absoluto propio de la persona (35).

Por su parte, el Comité Consultivo Nacional de Etica de Francia (Comité Consultatif National d'éthique) considera que el embrión humano, desde la fecundación, pertenece al orden del ser y no del tener; de la persona y no de la cosa o del animal. Así, deberá ser considerado como un sujeto en potencia (36).

El Informe Warnock, al tratar del status jurídico del embrión, se refiere a los conocimientos biológicos que se tienen en ese momento, analiza los argumentos favorables y desfavorables del uso de embriones humanos para la investigación, pero no señala cuándo se entiende que el embrión es persona. Dice el citado Informe : "el embrión humano tiene derecho a un cierto grado de respeto legal sobreañadido superior al reservado a otros sujetos animales; pero este respeto no puede ser absoluto y puede quedar compensado por los beneficios derivados de la investigación" (37).

Por su parte, la Recomendación 1046, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 24 de septiembre de 1986, no se pronuncia directamente sobre el embrión o preembrión (como lo llama la LTRA). En su

apartado 10 dice considerar "que el embrión y el feto humano deben beneficiarse en todas las circunstancias del respeto a la dignidad humana y que la utilización de sus productos y tejidos debe ser limitada de manera estricta y reglamentada sólo para fines científicos y no pudiendo ser alcanzados por otros medios" .

El Informe Palacios consideró que "parecería un tanto forzado y en alguna forma una conclusión excesiva el extender al embrión una protección como la que merecería la persona humana en sentido propio, sobre manera en esta fase primera de los catorce días a partir de la fecundación. El embrión, al menos durante este período no es persona ni se tiene como tal, posición que podríamos considerar como la más coherente con los textos constitucionales y con los arts. 29 y 30 del CC. Ahora bien, tampoco se puede considerar al embrión como una cosa en sentido técnico, por lo que compartimos el criterio de otros informes foráneos sobre una negativa radical a que se admita una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión no puede ser algo susceptible de apropiación ni de circulación, y debe protegerse su vida, potencialmente humana, como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en base a sus posibilidades de desarrollo" (38).

Entre los tratadistas españoles que sostienen que el embrión es un ser humano desde la fecundación, fuera de Storch, tenemos, entre otros, a Sancho Rebullida, Lacruz, Lledó Yagüe, Moro Almaraz y De la Oliva Santos.

SANCHO REBULLIDA considera que los embriones son seres humanos desde la fecundación (39). Por su parte, LACRUZ dice que el embrión no es un *res extra commercium* porque no es una cosa. Según este autor, en el embrión van derechos humanos previos al hombre. Hay en el embrión una *spes vitae*, un principio de personalidad y dignidad reflejo de su ser en potencia (40).

LLEDO sostiene que el cigoto resultante de una fecundación de los gametos posee ya todo el programa genético suficiente para ser persona y nacer *bonis concitionibus* y es merecedor de una protección que debe comprender, incluso, el período de preanidación (41).

MORO ALMARAZ rechaza que pueda desplazarse la consideración jurídica a la implantación. Esta autora exige para el embrión un tratamiento distinto de las cosas o de los gametos y no admite un derecho dominical sobre el embrión (42).

Para DE LA OLIVA SANTOS "es obligado establecer la igualdad entre *nasciturus* y ser humano vivo (como es el 'producto' mediante FIV), puesto que tal igualdad es afirmada y reconocida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de abril de 1985". Dice la citada sentencia "ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizada en el art. 15 de la CE, es un bien jurídico constitucionalmente protegido". Para este autor, "el valor

fundamental -vida humana- es innegable en el ser producto de fecundación <in vitro>" (43).

A su vez ZARRALUQUI, señala que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 entiende que el embrión tiene derecho a la vida, pero distingue entre proteger su vida por el art.15 de la CE -todos tienen derecho a la vida- y ser titular de este derecho. Esta titularidad la niega considerando que el embrión no es persona y, por lo tanto, no es sujeto de derechos (44).

Por su parte, MARTINEZ CALCERRADA comentando esta resolución, distingue entre la titularidad de los derechos que considera corresponden al embrión y "la posibilidad de disposición de su objeto, en que el titular puede ser sustituido por un representante legal" (45).

CLAVERIA GOSALVEZ considera que ni los gametos ni el embrión son jurídicamente "cosas" en sentido técnico, entre otras razones, porque no son susceptibles de valoración económica. Pero, evidentemente, tampoco "son personas aunque el embrión sí es un nasciturus posible, al que al menos habría que aplicarle la normativa aplicable al concebido no nacido" (46).

Una gran parte de los investigadores científicos sostienen que sólo cabe hablar de ser humano a partir del momento en que el embrión se ha fijado definitivamente en el útero materno y ha comenzado su individualización originándose un

ser único e irrepetible. Desde este punto de vista, el embrión no tendría naturaleza humana ni sería sujeto de derechos.

No existe unanimidad en las distintas Declaraciones Internacionales en relación con la protección del concebido no nacido. Así, tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art.3), en el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (art.69) y en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre se reconoce el derecho a la vida de los seres ya nacidos. Sin embargo, en la Convención Americana de los Derechos del Hombre se señala que el derecho a la vida debe ser protegido por ley y, en general, a partir de la concepción (art. 49) . Y en la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, se establece, en el preámbulo de la Convención, la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño antes y después del nacimiento. Dice el preámbulo:..."Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Desde otro punto de vista, POSPISHIL considera que durante los primeros catorce días del embrión, éste puede dividirse

en dos. Puede suceder, también, que dos mórulas (masa sólida de células originada por la división celular del cigoto) se fundan en una. Ambos casos contradicen la posibilidad de existencia de un ser humano, puesto que el carácter de tal viene unido, de forma esencial, con la condición de unidad. Si se contempla este argumento desde el punto de vista animista, diríamos que el hombre precisa la existencia del alma y el alma no puede dividirse en dos. Tampoco puede, una vez dividida, volverse a unir en una sola. Y, comoquiera que estas operaciones pueden producirse durante los catorce primeros días, después de la fecundación, este autor concluye que durante este período no existe ser humano (47).

Para MONTES PENADES, el embrión no es persona ni se le tiene por tal, al menos durante el período que estamos contemplando. Ello no obstante, tampoco se le puede considerar como una cosa en sentido técnico. Cree, al igual que el Informe Warnock, que no se debe admitir una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión, agrega este autor, no será, en ningún caso, algo susceptible de apropiación ni de libre circulación y su vida, potencialmente humana, susceptible de desarrollarse y de devenir una persona humana, debería ser protegida como un bien jurídico (48).

CARCABA FERNANDEZ considera que "ni jurídica ni biológicamente existen argumentos que permitan afirmar que el embrión es un ser humano y sujeto de derecho (49).

ROCA TRIAS indica que "puede decirse que tanto a nivel internacional como a nivel nacional existe un estado de opinión favorable a no considerar persona al feto y ello debe aplicarsele con mayor razón a los embriones" (50).

Posiciones más extremas señalan que al embrión no le corresponde ningún derecho, tampoco a la vida, porque le faltan, para llegar a ser individuo humano, estructuras biológicas esenciales de la conciencia (51).

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su apartado II de la Exposición de Motivos, señala que existen tres etapas en el desarrollo embriológico que son biológicamente diferenciables. Estas son: preembrión, embrión y feto. Define el preembrión o embrión preimplantatorio como "el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero" (...) Agrega la Ley que "el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión". Al ser las etapas del desarrollo embriológico diferenciables, dice la ley, "su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones".

Por tanto, la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida considera que el preembrión no es persona. Es decir, no se le tiene como tal durante los primeros catorce días después de la fecundación.

Después de haber analizado las distintas posiciones que se plantean respecto a la naturaleza jurídica del embrión, se puede afirmar que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación, pero esta vida comienza a pertenecer a un individuo concreto -único e irrepetible- en el momento que el embrión se fija definitivamente en el útero de la madre (antes de ese momento existía la probabilidad de uno a tres de implantarse). Por tanto, el embrión no puede ser considerado como persona pero tampoco como cosa. Sí como un nasciturus posible, al que debería aplicársele la normativa que regula al concebido no nacido.

3.- CARACTERISTICAS DEL ACTO DE DISPOSICION:

El acto de disposición de gametos y embriones por parte del donante al Centro autorizado, ha sido entendido por la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida como un contrato de donación entre donante y Centro autorizado. El art. 5.1 dice: "La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado".

Se entiende por contrato todo negocio jurídico bilateral, cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (52). Siendo el contrato un negocio jurídico coinciden los elementos de uno y otro. Los elementos esenciales del contrato son: a) declaración de voluntad, que al ser el contrato un negocio bilateral, serán plurales y coincidentes entre sí (53); es decir, se trata del consentimiento de los contratantes; b) objeto cierto que sea materia de contrato; y c) causa de la obligación (art. 1261 CC).

Referente al consentimiento de los contratantes, la disposición de gametos y embriones no presenta problemas, siempre que el donante tenga "más de dieciocho años y plena capacidad para obrar" (art.5.6 de la LTRA) y el donatario sea el establecimiento sanitario especialmente autorizado , al efecto "Centro".

En relación al objeto del contrato, se entiende por éste un bien susceptible de valoración económica que corresponde al interés de los contratantes (54). Al analizar la naturaleza jurídica de los gametos y embriones establecimos que no son cosa, en sentido jurídico. Por tanto, como no son susceptibles de valoración económica, no pueden ser objeto de un contrato ni de una relación jurídica patrimonial.

Desde otro punto de vista, si se aceptara que los gametos son cosas, éstos podrían ser objeto de contrato. Pero, de este contrato no podrá surgir una obligación coercible de

entrega a cargo del donante y a favor del Centro donatario porque "a nadie se le puede imponer su propia reproducción" (55).

Referente a la causa del contrato, se entiende por ésta el fin objetivo e inmediato del mismo o la función económica y social que el Derecho reconoce como relevante (56). Al considerarse que los gametos no son cosas en sentido jurídico y, por tanto, que no hay objeto en el negocio jurídico, tampoco hay causa. La falta de objeto en el negocio jurídico arrastra la falta de causa.

Al respecto, SERRANO ALONSO señala que, en la entrega de gametos o embriones, el objeto que se transmite no es susceptible de valoración económica, por lo que difiere del contenido tradicional de la donación (57).

Por su parte, CLAVERIA GOSALBEZ indica que en la donación de gametos y embriones no se produce un desplazamiento patrimonial, típico del contrato de donación: "ni el donante ve disminuido su patrimonio ni el donatario aumenta su patrimonio, siendo el acto irrelevante para acreedores de uno y otro" (58).

Si no es contrato ni negocio jurídico ¿qué es, entonces, el acto de disposición de gametos y embriones?

De acuerdo a la definición de ALBALADEJO, acto jurídico es "el que encerrando una conducta humana produce efectos

jurídicos porque el Derecho atribuye a su realización independientemente de que el agente los quiera o no" (59). El acto de disposición de gametos y embriones es un acto jurídico porque, desde el momento que se entregan los gametos y embriones al Centro, se producen efectos jurídicos. Entre éstos se encuentra la irrevocabilidad en la entrega de los gametos (art.5.2 de la LTRA). A nadie se le puede exigir que done gametos pero, desde el momento que los entrega al Centro, salvo excepciones expresas, el donante no puede pedir la devolución de lo entregado.

Por tanto, podemos afirmar que el acto de disposición de gametos y embriones es un acto jurídico en sentido estricto. En la misma línea, se encuentran Campuzano Tomé, Carbajo Gosálbez y González González, quienes consideran que "la donación es un acto jurídico puro, que no puede estar sometido ni a condición ni a término" (60).

Pese a que, desde un punto de vista jurídico, este acto de disposición de gametos y embriones no es un contrato de donación, seguiremos llamándolo "donación" por ser una denominación inteligible o expresiva de la esencia de dicho acto.

Al analizar el art.5º de la LTRA vemos que las características que debe tener esta "llamada" donación son: gratuidad, formalidad, secreto e irrevocabilidad. El Nº1 del art. referido establece que la donación debe ser "un contrato gratuito, formal y secreto". En el Nº3 de este

artículo se indica que "nunca tendrá carácter lucrativo o comercial".

La consideración de que tanto los gametos como los preembriones se encuentran fuera del comercio y, por tanto, no pueden ser objeto de compensación económica, está presente al analizar la conveniencia de que tenga un carácter lucrativo o no.

En los Estados Unidos de Norteamérica existe una corriente de juristas que aceptan la retribución económica por la obtención de gametos y preembriones. Así, ROBERTSON opina que "prohibir los pagos puede interferir con la posibilidad de una pareja de obtener un embrión y de esta forma infringir su libertad procreativa. A menos que la venta este conectada con un daño tangible para otras personas, la ofensa moral o simbólica que algunas personas pueden encontrar en tales transacciones no es una base sólida para restringir la libertad procreativa mediante la prohibición de la venta de embriones" (61).

La tendencia en Europa es que la donación sea gratuita, si bien dentro de esta gratuidad debe quedar comprendida la restitución por los gastos de desplazamiento y la pérdida de tiempo del donante (62). Una de las razones que justifica la desincentivación de la venta de material genético es la necesidad de obtener gametos idóneos para evitar que se oculten enfermedades hereditarias por parte del donante.

Los CECOS en su etapa inicial utilizaron la remuneración, pero, a partir de 1976, comenzó la evolución a la gratuidad con alguna restitución por los gastos en que incurre el donante (63).

El Informe Warnock en su Recomendación 26 indica que "ha de tenderse gradualmente hacia un sistema en el que los donantes de semen se les pague únicamente sus gastos".

Por su parte, el Informe Ontario (1985) utiliza el cobro de los gastos razonables en la donación de gametos, pero no una compensación a la comodidad.

El Informe del CAHBI de 1986 en su Recomendación Nº 11.1 señala que "no debe autorizarse ningún beneficio de las donaciones de óvulos, esperma, embriones o cualquier otro elemento obtenido de ello. Sólo puede compensarse al donante la pérdida de ingresos, así como los gastos de transporte y cualquier otro causado directamente al donante".

Tanto el Informe Waller de Australia como la Proposición de Ley francesa, de 24 de mayo de 1984, proponen la gratuidad de la donación.

La gratuidad es recogida por la totalidad de las proposiciones de Ley italianas sobre la regulación de la fecundación artificial: art.7º de la propuesta RIZZO; art.5º de la propuesta de BATTISTUZZI; art. 3º de la

propuesta de TEODORI (64) . Esto no impide que en la segunda propuesta ministerial se afirme que la ausencia de compensación económica no debe impedir el abono de los gastos eventualmente sostenidos por el donante: arts. 27 y 28 (65).

Por su parte, el Informe del grupo de trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado se manifestó por la necesidad de la gratuidad de las donaciones pero estimó que los dadores debían ser compensados por igual, en consideración al tiempo y molestias empleadas en la dación (66). En la misma línea el Informe Palacios en sus recomendaciones 38 y 57.

El Informe Palacios en su Recomendación Nº 38 señala que
"la donación de gametos y embriones humanos nunca tendrá carácter lucrativo o comercial, si bien deberán compensarse a los donantes los gastos que pudieran originarse por aquellas, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos por desplazamiento" y la

Recomendación Nº 57 indica que: "Se garantizará a los donantes de gametos o embriones que el material reproductor donado nunca será objeto de comercio y que su utilización será la acordada expresamente al hacer la donación"

Estas recomendaciones fueron recogidas en el art. 5.1 de la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados. En la tramitación en el Congreso de los Diputados, la Proposición fue modificada en este art. 5.1, eliminándose la compensación a los donantes por los gastos que pudieran derivarse de la donación.

Es evidente, como señala PANTALEON, que a la luz de la normativa vigente sobre dación de órganos humanos y trasplantes y de sangre humana para transfusiones u obtención de derivados terapéuticos, la donación de gametos y embriones fuera gratuita (67) -pues aunque no siendo situaciones iguales, sirven como punto de referencia-, pero compensando los gastos que pudieran haber realizado los que aportan los gametos. Al no hacerlo la Ley, no ha previsto situaciones como la "mal llamada" donación de óvulos, que conlleva una serie de gastos como la hospitalización de la mujer que aporta el óvulo, los que debieran ser asumidos por la receptora.

En la doctrina, son partidarios de la gratuidad de la donación con compensación exclusiva de daños y gastos, dejando bien en claro que no se remunera la donación que se hace : Montés Penadés, Zarraluqui, Carmen Hernández, Pantaléon, entre otros (68).

Otra de las características que debe tener la "llamada" donación de gametos y embriones, según el art.5.1, es que debe ser "formal". La formalidad del contrato encuentra su desarrollo en el N°4 del mismo artículo. Dice el N°4 : "El contrato se formalizará por escrito entre donante y el Centro autorizado. Antes de la formalización, el donante habrá de ser informado de los fines y consecuencias del acto".

En este número 4 se especifica que el contrato debe formalizarse por escrito y que antes de esto, el donante será informado sobre los fines y consecuencias que tiene la donación. Este requisito de información al donante debe relacionarse con el art.2.2 de la misma Ley que dice: "Es obligada una información y asesoramiento suficientes quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionen con las técnicas, y será de responsabilidad de los Equipos médicos y de los responsables de los Centros o Servicios sanitarios donde se realicen".

No se entiende el sentido de reiterar, nuevamente, en el N° 4 del art.59 lo que tan bien explicado aparece en el N°2 del art.29. Al respecto, MARTINEZ CALCERRADA señala que "lo repetitivo en este caso, es sinónimo de falta de rigor y de acumulación de datos por el legislador que no ha sabido o no se dedicó a una elemental tarea de selección y encaje sistemático de los conceptos jurídicos empleados" (69).

También en el art. 5.1 se señala que el acto debe ser secreto y en el N°5 del mismo artículo se indica que: "La donación debe ser anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave

en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes".

Se puede entender que al relacionar el N°1 con el N°5 del mismo artículo existe una relación o interdependencia entre el contrato secreto del N°1, que equivaldría a la donación anónima del N°5. Con ello se estaría indicando que no puede informarse a terceros de la circunstancia de tal donación y ésta ha de permanecer dentro de la intimidad orgánica del Centro.

A su vez, el art. 2.5 estaría completando y desarrollando lo estipulado en el N°5 del art.5º . Dice el art. 2.5: "Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en Historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos".

Del análisis de estos números, pareciera que el término "anónimo" del N°5 del art.5º es usado como sinónimo del término "secreto" utilizado en el art. 2.5. Una redacción más homogénea habría sido aconsejable en esta Ley.

Otra de las características del "llamado" contrato señaladas en el art.5º es su irrevocabilidad. Dice el art.5.2: "La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la

revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Centro receptor". Esta disposición se refiere exclusivamente a los gametos y no a los embriones.

La generalidad de la doctrina se ha pronunciado por la revocabilidad de la donación antes de la utilización efectiva de los gametos donados. Así, MONTES PENADES estima que "la donación ha de ser revocable antes de que sean utilizados en una concreta operación de fecundación" (70).

PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS defiende la revocabilidad (indemnizando los gastos realizados) al indicar que "los gametos son semillas que llevan la impronta de la personalidad del donante y éste es el llamado a disponer, en exclusividad, de su potencialidad de nuevas vidas. El respeto a la persona impone admitir esta revocación, la que puede deberse simplemente a razones de conciencia personal que un Estado de Derecho debe respetar al máximo" (71).

ZANONI entiende que ningún contrato previo obliga al dador. Su consentimiento es revocable hasta el momento mismo de la extracción (72).

Para PANTALEON, la irrevocabilidad como regla de la donación de gametos es contraria a los principios constitucionales porque "la decisión sobre el sí y el cuando de la propia reproducción es una manifestación

elemental del derecho de autodeterminación de la persona inherente a su dignidad como tal" (73).

MORO ALMARAZ considera que la donación de gametos podría revocarse en todo momento anterior a la realización de la práctica, del mismo modo que la receptora puede volverse atrás en su solicitud de realización de las técnicas. No obstante esta reflexión, cree que configurada la donación como contrato se establece la irrevocabilidad como consustancial a su naturaleza (74).

En relación a que se imponga al donante la obligación de indemnizar al Centro receptor de todos los gastos causados, PANTALEON considera que sólo sería defendible esta obligación indemnizatoria en la hipótesis de que esta revocación fuera sin justa causa . Pero, aún así cabría sostener su improcedencia arguyendo que nada cobran los donantes (75).

Resumiendo, podemos concluir que al ser el acto de disposición de gametos un acto jurídico , desde el momento de la realización de la práctica (o de la extracción) se producen los efectos señalados por la Ley y uno de éstos es la irrevocabilidad.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida señala como requisito para ser donante el que se tenga dieciocho años cumplidos y plena capacidad para actuar. Dice el art. 5.6 : "Toda persona que desee ser donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. Su estado

psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas hereditarias o infecciones transmisibles".

Llama la atención que en los requisitos para ser donante, la ley señale que "deberá tener más de dieciocho años" y en los para ser receptora diga "deberá tener dieciocho años al menos" (art.6 N^o1). El legislador, en ambos casos, debe haber querido decir dieciocho años cumplidos.

Otro requisito que se echa de menos, es que en caso de que el donante sea casado no se exija el consentimiento de su cónyuge. En el caso de una donación de embriones pertenecientes a una pareja, lo lógico es que se exigiera el consentimiento de ambos integrantes, pues a ellos corresponden los gametos con que se ha obtenido el embrión que se dona. En la Proposición de Ley presentada al Congreso de los Diputados, se exigía este requisito en el art.5 N^o9, pero en el iter parlamentario de la Proposición fue eliminado.

El art. 2 N^o2 complementa al N^o6 del art.5, al establecer que los equipos médicos y responsables de los Centros o Servicios Sanitarios donde se realicen estas técnicas deberán entregar, tanto a donantes como a posibles receptoras, una obligada información y asesoramiento "sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y riesgos

previsibles. La información se extenderá en cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético y económico se relacionen con las técnicas ".

A su vez, la Ley también señala que la elección del donante estará a cargo del equipo médico que realice la FIVTE. Así lo establece el art.6 NQ5 : "La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de Reproducción Asistida. Se deberá garantizar que el donante tenga la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar". Una de las razones para que la elección del donante y de la receptora la realice el equipo médico es proteger el anonimato tanto de donante como de receptora.

4.- ANONIMATO DEL "LLAMADO" DONANTE Y DERECHO DEL NACIDO POR ESTAS TECNICA, A CONOCER SU ORIGEN GENETICO E IDENTIDAD DE SU PROGENITOR:

El anonimato del "llamado" donante y de la pareja receptora, así como el derecho del niño a conocer sus orígenes y el daño que pueda causarle este conocimiento, están entre las cuestiones más delicadas y debatidas en materia de fecundación asistida.

La existencia del "llamado" donante suscita la pregunta ¿tiene derecho una persona a conocer la identidad de sus progenitores? O dicho de otra forma ¿está la sociedad

legitimada para ocultar a un ser humano quiénes fueron sus padres? (76).

RUIZ VADILLO considera que "el conocimiento de quiénes sean el padre y la madre de una determinada persona es un tema muy importante, que forma parte sustancial de las señas de cada sujeto, aparte de otros factores complementarios, pero no de escasa trascendencia" (77).

El derecho del hijo a conocer sus orígenes como un derecho fundamental de la persona, por una parte, y el derecho del "llamado" donante a permanecer en el anonimato como consecuencia de su derecho a la intimidad, por otra, se interfieren presentando una colisión de intereses. En tales casos, el derecho que prime determinará las diferentes posiciones doctrinarias.

Existen, fundamentalmente, tres posiciones frente al anonimato del "llamado" donante y conocimiento del hijo:

a) Los que consideran que tanto la dación de gametos y embriones como su recepción integrarían el ámbito de la intimidad del individuo. Por tanto, debe protegerse el secreto de quien o quienes son donantes y receptores. Así, LIPARI entiende que los intereses de la pareja que recurre a la fecundación asistida con donación de un tercero, con la finalidad de tener hijos, son de tal categoría que ponen fuera de juego el interés del hijo, para indagar sobre su padre (78).

b) Otro sector estima que cuando se lleva el anonimato al extremo, en vez de defender los intereses del hijo y su derecho a conocer sus orígenes ,solamente, se están preocupando de eliminar las responsabilidades que cabría al donante.

Para VIDAL MARTINEZ, se está instrumentalizando al hijo "que puede ver cercenado su derecho a conocer quien fue su progenitor biológico o contar con ese dato para la defensa de intereses morales o materiales" (79).

c) Una posición intermedia es aquella que propicia el anonimato y, al mismo tiempo, permite que el niño, al llegar a la edad apropiada, pueda tener acceso a la información sobre la forma de la concepción y las características del donante.

Para ROCA TRIAS, la única forma de compaginar el derecho del donante al anonimato con el derecho de toda persona a conocer su origen genético, está en encontrar una fórmula que permita la investigación sobre el origen genético que excluya la identidad del donante (80).

a) Entre los argumentos que defienden el anonimato del donante, prohibiendo su identificación, se encuentra el que señala que, de no garantizarse el anonimato del donante, existiría una interferencia real (al menos psicológica) de una tercera persona, en algo que debe ser una relación interpersonal, exclusivamente de pareja. Lo cual, eventualmente, puede originar problemas que afecten incluso a la estabilidad de la pareja. Esta relación no se ve

afectada por el mero hecho de haberse necesitado una donación de semen u óvulo, para superar la esterilidad, porque la técnica sólo suple un componente puramente biológico, que en la unión sexual es inconsciente. El común deseo de tener un hijo con maternidad o paternidad casi completa, debe ser suficiente para que la pareja acepte sin problemas que tal hijo no lo sea en lo genético y sólo en eso (81).

De otra parte, se considera que la mejor forma de impedir cualquier relación jurídica y de reclamación de derechos entre donante y nacido es estableciendo el anonimato del donante. Para HORTAL ALONSO, el anonimato tiende a proteger al donante de cualquiera relación que pudiera involucrarlo más allá del mero acto de donación. A su vez, tiende a proteger a los padres y a los hijos de cualquier intromisión del donante en una relación conyugal y paterno filial (82).

RUIZ VADILLO considera que "el desvelamiento del secreto desencadenaría efectos contrarios a la voluntad del propio donante puesto que no cabe establecer en su contra ningún vínculo de filiación" (83).

Se señala, también, que no es conveniente que el niño pueda conocer su origen biológico para que no haya ni desviaciones afectivas ni influencia del donante que pueda introducir intranquilidad en los padres jurídicos.

Los que disienten de los argumentos antes señalados, consideran que todos éstos se centran más en el interés de los padres que del hijo. Señalan que éste último es el más necesitado de protección y, además, titular de un derecho fundamental -el de conocer sus orígenes-, calidad que no tendría el derecho o interés de los padres.

Otra de las razones favorables al anonimato es aquella que estima que debe darse al niño nacido por estas técnicas de reproducción asistida "exactamente la misma situación que si hubiese nacido de los mismos padres en forma natural" (84).

Algunos consideran que si se revelara la identidad del donante se estaría lesionando su derecho a la intimidad, en el sentido que otras personas conocerían el uso que hace el donante con sus gametos. RIVERO HERNANDEZ estima que el conocimiento de la identidad del donante no afecta su derecho a la intimidad, tal como lo entiende el art.18.1 de la CE y la Ley de 5 de mayo de 1982. Para este autor, ningún derecho es absoluto y éste debe ceder ante otro más valioso como es el del hijo nacido del gameto del donante frente al derecho a la intimidad de éste (85).

De otra parte, ciertos sectores opinan que si se revelara la identidad del donante existiría el riesgo de una disminución en la donación de gametos (86). Sin embargo, una encuesta realizada por Robyn ROWLAND, de la Universidad de Deakin, en Victoria (Australia), reveló que el sesenta por ciento de los donantes consultados manifestaron que no

veían ningún problema en que el niño se relacionara con ellos luego de cumplir los dieciocho años (87).

b) Los sectores contrarios al anonimato del donante consideran que el derecho a conocer su origen biológico, por parte del nacido por estas técnicas y la investigación de la paternidad/maternidad genética constituyen un derecho inalienable e innegable a quien tenga aquel origen. Constituye un derecho por el mero hecho de haber nacido y es uno de los derechos fundamentales de la persona que protege indirectamente el art.10.1 de la Constitución española y debe poder ejercitarse con total independencia de la acción de reclamación de la filiación y de su régimen jurídico (88).

Se señala, también, que "aunque las partes acuerden la confidencialidad, las necesidades del nacido de donación de gametos o embriones de conocer a sus parientes genéticos, puede sobrepasar el interés de las partes contratantes respecto de tal confidencialidad" (89).

Para SERRANO ALONSO, los pretendidos peligros derivados de la posibilidad de identificación tanto del donante, en general, como de la persona receptora, deben ceder en favor de intereses superiores, como son los derivados de los derechos concedidos al niño nacido de estas técnicas. Derechos que, de mantenerse el principio del anonimato, quedarían limitados, dando lugar, precisamente, a supuestos

de discriminación en razón del nacimiento, prohibidos por la Constitución (90).

Una investigación en niños adoptados en Estados Unidos, Canada y Gran Bretaña confirmó la necesidad de que el niño conociera la verdad de su origen. Se señalaba que la posibilidad de obtener este conocimiento es de gran importancia en el desarrollo del niño. Organizaciones suecas, también, confirmaron estas conclusiones (91). En estas conclusiones se basaron los redactores suecos de la Ley sobre Inseminación Artificial, de 20 de diciembre de 1983, donde se reconoce el derecho del nacido por esta técnica a conocer, una vez alcanzada la mayoría de edad, la identificación del donante de esperma al que debe su nacimiento. La similitud entre niños adoptados y nacidos por estas técnicas es grande, en cuanto a la necesidad de conocer su origen. Por tanto, pueden utilizarse los estudios que hay al respecto en la evaluación de los pro y contra de que el niño conozca la verdad de su procedencia.

c) Otro sector de la doctrina considera que debe existir una posición intermedia: ni el anonimato a ultranza, ni la obligación de informar al hijo acerca de los datos del donante y la forma de su concepción (92).

Esta posición intermedia destaca, como regla general, el anonimato tanto de la pareja receptora como del donante. Pero el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá conocer las características genotípicas de su padre o madre biológica.

LLEDO YAGÜE se decanta por el anonimato del donante "por el interés del hijo y no del dador de gametos". Agrega que, sin desconocer la fuerza de la argumentación según la cual el hijo es titular de un derecho fundamental al conocimiento de su origen genético, sin embargo revelar la identidad del donante no favorece ni psicológicamente al niño ni a su bienestar. Para este autor, al llegar el hijo a la mayoría de edad podría tener acceso a las características genotípicas del progenitor (93).

En Alemania, se considera el derecho a conocer la propia filiación biológica como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona (94). Para ESER, el derecho del hijo a conocer sus orígenes "merece ser fortalecido en virtud de los derechos humanos y razones médicas". Para este autor "los centros médicos deberán estar obligados a documentar los datos personales del donante y permitir que el hijo así engendrado, al cumplir cierta edad y previa solicitud personal, tenga acceso a dicha documentación" (95).

Por su parte, DURING estima que los medios identificadores de la persona pueden incluirse entre los derechos a la personalidad, protegidos a su vez en el art.2.1 de la Grundgesetz o Ley fundamental (96).

A su vez, el Informe Benda señala que el conocimiento del origen de la persona es de gran importancia para la propia identidad y desarrollo de la personalidad. Este

conocimiento se encuentra dentro de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 de la Grundgesetz) y de la dignidad de la persona (art.1.1 G.G). Por tanto, el niño que nace por estas técnicas debe tener libre acceso a los detalles de su nacimiento y saber quienes son sus padres genéticos.

Por su parte, los CECOS franceses han regulado un procedimiento que establece, por una parte, el anonimato del donante pero, por otra, mantiene la identificación de las características raciales y somáticas del donante con vistas a la limitación del número de donaciones. El objeto de este procedimiento, según CECOS es permitir, al mismo tiempo, la inserción del niño con su familia receptora, fortaleciendo los lazos parentales, y evitar la identificación del donante.

En la doctrina italiana, se acepta el anonimato del donante cuando el planteamiento parte de la protección de la familia matrimonial (97).

El Informe del Consejo de Derecho de Familia de Australia, julio de 1985, señala en su Recomendación Nº 9 que: "En reconocimiento a la importancia del acceso al conocimiento e información del origen genético debe concederse tal acceso al hijo hasta los dieciocho años pero de naturaleza no identificadora, después de esta edad con características identificadoras".

En la Recomendación Nº19 se indica que se debe informar a las parejas y a los donantes de la importancia para el hijo del conocimiento de su origen familiar y de su concepción.

El Informe Ontario de 1985, en su Recomendación Nº 22.4 establece: "El anonimato concerniente a la identidad de todas las partes envueltas en la concepción artificial -donante, receptor, esposo o compañero (si lo hay) y el niño- deberá ser conservado en los expedientes médicos". En cuanto a los datos que puedan ser precisados en relación con enfermedades o defectos, deja la decisión de darlos a conocer a los médicos, dentro de sus normas deontológicas.

The Infertility (Medical Procedures) Act del estado de Victoria admite la posibilidad, en casos excepcionales, de obtener la información identificadora.

Por su parte, el CAHBI consultó al Comité de los Derechos del Hombre sobre el anonimato del donante. La respuesta del Comité fue que, en el momento actual, no puede encontrarse ningún elemento decisivo en favor o en contra del anonimato en la Convención Europea de Derechos del Hombre.

El CAHBI, en el Principio Provisional Nº 9 apartado 1, recomendó que debe mantenerse con carácter general el anonimato del donante y guardarse secreto sobre la identidad de la pareja receptora .

En el apartado 2 plantea dos alternativas:

- 1.- La ley nacional puede establecer que el niño a una edad apropiada, pueda tener acceso a la información sobre la forma de su concepción

y, cuando sea necesario, a las características genotípicas del donante o

II.- La ley nacional puede establecer el derecho del niño a conocer la identidad del donante.

El Informe Warnock en su Recomendación Nº 18 indica que:
"Un correcto proceder pide que cualquier tercero, donante de gametos para el tratamiento de la infertilidad ha de ser desconocido para la pareja receptora antes, durante y después del tratamiento; igualmente el donante no ha de conocer la identidad de la pareja asistida."

La Recomendación Nº 20 señala que: "Al llegar a los dieciocho años, el hijo tendrá acceso a la información básica sobre el origen étnico y la salud genética del donante y se aprobará una ley para reconocer este derecho".

El Informe Palacios, si bien reconoce que "el derecho a conocer los orígenes es un derecho fundamental", considera que "debe ser prioritario que la ley ampare, proteja y tutele a los que socialmente se hubieren comportado como padres aunque biológica y genéticamente no lo sean" (98).

Por tanto, recomienda que:

Recomendación Nº 47 : "Los donantes de gametos y embriones deberán ser mantenidos en el anonimato, custodiándose su ficha o historia clínica referencial en los Centros y Servicios Sanitarios con la exigencia del más estricto secreto".

Recomendación Nº 48 : "Los donantes no deberán conocer la identidad de la receptora y viciversa".

Recomendación Nº 49 : "Los donantes de gametos y embriones deberán ser advertidos de la posibilidad de que él o los hijos nacidos de su donación deseen ampararse en la Constitución y en las leyes para intentar recabar la investigación de la paternidad".

Recomendación Nº 53 : "Se prohibirá desvelar la identidad de los donantes de gametos o embriones y de sus receptores.

Sólo cuando se den circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, debería ceder el secreto de la donación en aras de aquel interés preeminente, sin que ello implicara reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante".

Recomendación Nº 54 : "No será divulgada ninguna información respecto de los donantes o de los receptores o de las exploraciones o técnicas de que hayan sido objeto, para ningún fin, salvo que los receptores o los hijos nacidos soliciten información general sobre los donantes que no incluya su identificación".

Recomendación Nº 55 : "Debería organizarse un registro nacional informatizado de donantes de gametos y embriones, así como de las muestras de material reproductor humano, con las garantías, cautelas y requisitos precisos, y en forma de clave".

Recomendación Nº 56 : "El registro nacional de donantes de gametos y embriones debería consignar asimismo cada uno de los hijos nacidos de los distintos donantes, la identidad de las parejas o personas receptoras y su localización territorial, siempre que sea posible".

La Proposición de Ley de 9 de mayo de 1987 recogió las recomendaciones del Informe Palacios en esta materia. Es así como los números 10, 11, 12 y 13 del art. 5º y el número 2 del art.6 indican:

Art. 5 Nº10 : "La donación de semen y a ser posible la de óvulos o preembriones, deberá ser anónima, custodiándose los datos de la identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos oportunos y en el Registro Nacional de Donantes".

Art. 5 Nº11 : "Se prohibirá y sancionará desvelar la identidad de los donantes de semen. Sólo cuando se den circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo nacido, deberá ceder el secreto de la donación en aras de aquel interés preeminente, sin que ello implique reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante".

Art.5 N°12 : "La donación de óvulos deberá mantenerse en secreto, pese al ámbito más abierto de tal donación".

Art.5 N°13 : "No será divulgada ninguna información respecto de los donantes o de los receptores, o de las exploraciones o técnicas de que hayan sido objeto, para ningún fin, salvo que los receptores o los hijos nacidos, sus padres, representantes legales o tutores soliciten información general de los donantes que no incluya su identidad".

Art.6 N°2 : "Las usuarias de estas técnicas no podrán escoger los donantes, cuya elección es responsabilidad del Equipo médico que las realiza".

En la tramitación de la Proposición en el Congreso de los Diputados se eliminaron los números 10, 11, 12 y 13 del art.5º y se elaboró un nuevo número 5 del artículo señalado.

Dice el art.5 N°5 : "La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a los receptores de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el art.5 apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso, publicidad de la identidad del donante".

En las enmiendas aprobadas en el Senado se corrigió la referencia que se hacía en el art. 5 N°5, apartado 3º, ya que debía decir art.8º y el art. 6 N°2 de la Proposición

pasó a ocupar el N95 del mismo artículo, pero fue completado con las siguientes indicaciones:

Art.6 N95 : "La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de Reproducción Asistida. Se deberá garantizar que el donante tenga la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar".

El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó la nueva redacción del N95 del art.5 y del art.6 N95. Los legisladores se inclinaron por el anonimato de receptoras y donantes de gametos y embriones, pero permitiendo, al mismo tiempo, que el hijo o sus representantes legales obtengan información general de los donantes, que incluya su identidad. Sólo en circunstancias excepcionales -peligro para la vida del hijo o con arreglo a las leyes procesales penales- podrá revelarse la identidad del donante.

PANTALEON comentando este N95 del art.59 considera que con él se vulneran los arts. 39.3, 39.2, 14, 10 y 15 de la CE. Para este autor, si se combina el art.5 N95 con el art. 8.3 de la LTRA se concluye que esta situación es "contraria al art.39.3 que constitucionaliza el deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden, puesto que hace posible que vengan al mundo niños sin padre que hayan de cumplir con tal deber". Agrega este autor, que si se relaciona el art.39.3 (deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos) con el art. 24.1 CE, se puede concluir que la garantía legal del anonimato del donante priva de hecho, al nacido, de la posibilidad de

reclamar la paternidad de su padre biológico y, consecuentemente, el cumplimiento por éste de los deberes fundamentales inherentes a aquellos supuestos que no pueden ser puestos a cargo del marido o compañero more uxorio de su madre, bien se trate de una mujer no casada y que no conviva con nadie, bien porque la fecundación artificial se haya realizado sin el consentimiento eficaz del marido". También, considera PANTALEON que el art.39.2 de la CE ,al posibilitar la investigación de la paternidad, está "consagrando así el derecho de toda persona a conocer su origen genético". A los que dicen que, cuando se redactó este precepto, el legislador constitucional no tenía en mente, en absoluto, las nuevas técnicas, responde este autor que con el art. 14 de la CE le indiquen "qué razón puede justificar razonablemente que carezca de tal derecho el nacido a consecuencia de una fecundación artificial con semen de donante" .Caso aplicable, también, a los hijos nacidos por FIVTE- "cuando sin duda alguna lo tienen todos los hijos no matrimoniales concebidos de manera natural: también los adulterinos, aunque el marido hubiera consentido el adulterio de su mujer y decidido aceptar al hijo como suyo". También, considera que se estaría vulnerando el art. 10 de la CE (dignidad de la persona) en cuanto "se degrada al niño a condición de objeto, de medio involuntario de fines ajenos, cuando a fin de fomentar las donaciones se consagra la posibilidad de ocultarle su origen". Tampoco puede descartarse que la imposibilidad de conocer el propio origen sea fuente de trastornos psíquicos, por ser aquél dato de considerable importancia

para encontrar la propia identidad y, en consecuencia, para el desarrollo de la personalidad . Por tanto, se estaría infringiendo el art.15 de la CE (99) .

Analizadas las distintas posiciones frente al anonimato del donante y el derecho del nacido a conocer su origen genético e identidad de su progenitor, podemos concluir que el conocimiento del origen biológico -saber quién es su padre o madre biológica- es de gran importancia tanto para la propia identidad de la persona como para el desarrollo de su personalidad. Es un derecho que tiene todo individuo por el mero hecho de nacer y, a su vez, forma parte de los derechos fundamentales amparados por la Constitución (art.10.1).

Desde otro punto de vista, el derecho del donante a su intimidad o el derecho de los padres a no tener interferencia de un tercero en relación con el hijo, no pueden justificar el anonimato del donante. Al existir una colisión de derechos entre los derechos del hijo y el del donante o de la pareja receptora, debe prevalecer el derecho del hijo, no sólo por ser la parte más débil de la relación sino porque sus derechos son de jerarquía constitucional y fundamentales para el desarrollo del niño.

Por tanto, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida debió haber establecido la posibilidad del hijo -alcanzada la mayoría de edad- de conocer sus orígenes biológicos si él lo desea, así como la identidad del donante. Al mismo

tiempo, liberando de toda obligación jurídica al donante, respecto a la criatura nacida como consecuencia de su donación.

NOTAS DEL CAPITULO III

- (1) ESER,A
 "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética" en vol. Ingeniería genética y reproducción asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989, p.282
SANTOSUOSSO, F
 "La fecondazione artificiale nella donna.Conseguenze della inseminazione artificiale per il Diritto civile, penale e canonico, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1961, p. 41
- (2) DE LA FUENTE, P
 "Presente y futuro de la fertilización <in vitro> y transferencia de embriones" en vol.Ingeniería genética y reproducción asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A , Madrid, 1982, p.99
- (3) ABEL,F
 "Aspectos éticos de la tecnología de la reproducción asistida" en vol. Ingeniería genética y reproducción asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1982, p.p. 203 y 216
- (4) ALBACAR LOPEZ,J
 "Los aspectos jurídicos de la manipulación genética: inseminación artificial"en La Ley Nº 1299, 1985, p. 1055
- (5) LABRUSSE RIOU,C
 "Don et utilisation de sperme et d'ovocytes. Le point de vue d'juriste e Intervenciones", en Actes du colloque: Génétique, procréation et Droit, Actes Sud, París, 1985, p.256
- (6) GARCIA RUBIO, M.P
 "La experiencia italiana en materia de fecundación asistida: consideraciones respecto al Derecho civil español" , ya cit. p.64
- (7) SAGRADA CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE
 Informe sobre El respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad, ya cit. II. A.2
- (8) ABEL,F
 "Aspectos éticos de la tecnología de la reproducción asistida", ya cit, p.205

- (9) LACADENA,J.R
"Manipulación genética en la especie humana", en vol.
Ingeniería genética y reproducción asistida, edición
de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A,
Madrid, 1989, p.27
- (10) DIARIO EL PAIS
7 de diciembre de 1987, p.5
- (11) DIARIO ABC
22 de septiembre de 1989, p.74
- (12) SEMIZZI, C
"Relievi giuridici sull inseminazione artificiale "
en Giurisprudenza italiana IV, 1984, p.46 ; En la
misma línea MORO ALMARAZ,M.J
"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la
fecundación <in vitro>" , ya cit. p. 373
PARTIDO POPULAR
Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988
de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción
Asistida presentado ante el Tribunal Constitucional
- (13) DEXEUS,S
Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de
los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº346 celebrada
el 23 de octubre de 1985, p.10647
- (14) BOTELLA,J
Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de
los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº346 celebrada
el 23 de octubre de 1985, p.10652
- (15) MONTES PENADES,V
Informe presentado a la Comisión Especial de Estudio
de la Fecundación <in vitro> y la inseminación
artificial humanas" , ya cit. p.9 ; "La genética
actual y el Derecho de Familia, ya cit. p. 28 y "El
consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción
humana", ya cit. p.177
- (16) LACRUZ BERDEJO,J
"Informe sobre inseminación artificial y otros
extremos" , ya cit. p.2
- (17) SANCHO REBULLIDA,F
"Los estudios previos y las líneas previsibles de la
futura regulación española", ya cit. p.103
- (18) ZANONI,E
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit.
p.49 y
LATOUR B,J
"El cuerpo humano como objeto de Derecho" en Revista
general de Legislación Nº 158, Madrid, 1955, p.163

- (19) MORO ALMARAZ, M.J
"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", ya cit. p.144
- (20) ZARRALUQUI, L
"La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", ya cit. p.2450 ; en la misma línea
MORETI, J.M y DIVECHIN, O
"El desafío genético", Herder, Barcelona, 1985, p.p. 52 y 52
- (21) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, ya cit, p.76
- (22) ALBALADEJO GARCIA, M
"Curso de Derecho Civil I", "Introducción y Parte General" Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1985, p.86
- (23) ALBALADEJO GARCIA, M
"Curso de Derecho Civil I", "Introducción y Parte General" Vol. II, ya cit. p.87
- (24) PETERSEN, F
"Medicina de la reproducción: Un desafío a la actitud científico-médica ante la homonización" en vol. Ingeniería Genética y reproducción asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989, p.51
- (25) LACADENA, J.R
"Una lectura genética de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto", JANO vol. XXIX, Nº665 17-18 noviembre de 1985, p.70
- (26) LACADENA, J.R
"Manipulación genética en la especie humana" en vol. Ingeniería Genética y reproducción Asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989, p.22
- (27) STORCH DE GRACIA, J.G
"Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido" en La Ley Nº 1276, año VIII, 5 de junio de 1987, p.6 y sgtes.
- (28) VIDAL GARCIA, M (en colaboración)
"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", D.G.R.N, ya cit. p.11
- (29) VIDAL GARCIA, M
"Bioética . Estudios de una Bioética Racional" , ya cit. p.49

- (30) ESER, A
"La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética", ya cit. p.p. 286 y 287
- (31) ENGELHARDT, T
"Regulación legal de la medicina reproductiva" informe presentado al Colloquium de Derecho Comparado, Cambridge Reino Unido, 15-17 de septiembre de 1987, p.204
- (32) ZARRALUQUI, L
"La naturaleza jurídica de los elementos genéticos" , ya cit. p.2460
- (33) POSPISHIL, V
"Biology and Theology on Abortion", Department of Religious Studies, Riverdale, New York, 1973, p.34
- (34) ENGELHARDT, T
"Regulación legal de la medicina reproductiva", ya cit, p.111
- (35) COMITE ETICO DE LA SOCIEDAD AMERICANA DE FERTILIDAD
"Consideraciones éticas de las nuevas tecnologías reproductivas" (Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies), ya cit. p.8
- (36) COMITE CONSULTIVO NACIONAL DE ETICA
"Informe sobre la investigación relativa a los embriones humanos <in vitro> y su utilización con fines médicos y científicos" (Avis de Recherches sur l'embryon humains 'in vitro' et à leur utilisation à del fines medicales et scientifiques), ya cit. p.p. 159 y 160
- (37) DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL
"Informe de la Comisión Investigadora sobre Fertilización Humana y Embriología" , ya cit. p.61
- (38) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p.p. 77 y 78
- (39) SANCHO REBULLIDA, F
"Los estudios previos y las línea posibles de la futura regulación española", ya cit, p.103
- (40) LACRUZ BERDEJO, J
"Informe sobre la inseminación artificial y otros semejantes", ya cit. p.2
- (41) LLEDO YAGUE, F
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.47

- (42) MORO ALMARAZ, M.J
"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", tesis doctoral, Salamanca, 1986, p.19
- (43) DE LA OLIVA SANTOS, A
"Nasciturus o moriturus" (Panorama jurídico sobre la vida humana en España) en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid Nº4, julio-agosto, 1986, p.88
- (44) ZARRALUQUI, L
"Procreación asistida y Derechos Fundamentales", ya cit. p.111
- (45) MARTINEZ CALCERRADA, L
Derecho Médico, vol. I "Derecho Médico General y especial", Tecnos, Madrid, 1986, p.294
- (46) CLAVERIA GDSALBEZ, L.H
"Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988, p.239
- (47) POSPISHIL,V
"Biology and Theology on Abortion", ya cit. p.p. 39 y sgtes.
- (48) MONTES PENADES,V
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p. 29
- (49) CARCABA FERNANDEZ, M
"Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del embrión humano)" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988,p.395
- (50) ROCA TRIAS,E
"La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", ya cit. p.38
- (51) SERRA,A
"Fondamenti Biologici del 'diritto alla vita' del neoconcepito" en IUS, 1975, p.343
- (52) DIEZ PICAZO -GULLON
Sistema de Derecho Civil, Vol.II.Teoría General del Contrato, Tecnos, Madrid,1984,p.31

- (53) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X
"Compendio de Derecho Civil", Tomo II, "Derecho de Obligaciones", Vol 19, "Teoría General de la Obligación, del Contrato y del Acto Ilícito", Edersa, Madrid, 1987, p.218
- (54) DIEZ PICAZO-GULLON
"Sistema de Derecho Civil", Vol II, ya cit. p.p. 46 y 47
- (55) PANTALEON PRIETO, F
"Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ya cit, p.22
- (56) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X
"Compendio de Derecho Civil", Tomo II, "Derecho de Obligaciones", Vol. 19, "Teoría General de la Obligación, del Contrato y del Acto Ilícito", ya cit. p. 230
- (57) SERRANO ALONSO, E
"El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*", ya cit. p.370
- (58) CLAVERIA GOSALBEZ, L
"Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana", ya cit. p.239
- (59) ALBALADEJO GARCIA, M
"Curso de Derecho Civil I", "Introducción y Parte General" Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1985, p.139
- (60) CAMPUZANO TOME, CARBAJO GOSALBEZ y GONZALEZ GONZALEZ
"Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación" en Actualidad Civil Nº6 , 7-14 de diciembre de 1985, p.295
- (61) ROBERTSON, J
"Procreative liberty, embryos and collaborative reproduction" , ya cit.4

ZARRALUQUI, L
"Procreación asistida y Derechos fundamentales", ya cit. p.176
- (62) SANTOSUOSSO, F
"La fecondazioni artificiale umana", ya cit. p.90 y

ZANONI, E
"La genética actual y el Derecho de familia", ya cit. p.49
- (63) GRANET, F
"Aspects psychologiques de l'insemination artificielle" , SIMEP, Lyons, 1983, p.p.50-51 citado por MORO ALMARAZ, M.J

"Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación <in vitro>", ya cit. p.113

- (64) Proposta di legge d'iniziativa del deputato RIZZO (grupo mixto) Nº 2231, presentada el 6 de noviembre de 1984, "Norme sulla inseminazione artificiale della donna e sulla fecondazione in vitro"

Proposta di legge d'iniziativa del deputato liberali BATTISTUZZI, Nº 2603 presentada el 28 de febrero de 1985, "Norme sulla inseminazione artificiale e sulla fecondazione in vitro"

Proposta di legge d'iniziativa del deputato TEODORI (radical) Nº 2660 presentada el 12 de marzo de 1985, "Disciplina dell inseminazione artificielle umana"

- (65) Segunda propuesta "Norma sulla fecondazione artificiale umana e su trattamento di geneti ed embrioni"

- (66) MINISTERIO DE JUSTICIA
"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro", D.G.N.R. ya cit. p.19

- (67) PANTALEON PRIETO, F
"Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ya cit. p.23

- (68) MONTES PENADES, V
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.28 y

ZARRALUQUI, L
"Procreación asistida y Derechos Fundamentales", ya cit. p.181

HERNANDEZ IBÁÑEZ, C
"Nuevas técnicas de procreación artificial. La Inseminación Artificial: consecuencias jurídicas", ya cit. p.p. 502 y 503

PANTALEON PRIETO, F
"Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida", ya cit. p.23

- (69) MARTINEZ CALCARRADA, L
"Derecho Tecnológico. La nueva inseminación artificial (Estudio Ley 22 de noviembre 1988) , Central Artes Gráficas S.A, Madrid, 1989, p.257

- (70) MONTES PENADES, V
"El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.195

- (71) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M (en colaboración)
"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", D.G.N.R, ya cit. p.19

- (72) ZANONI, E
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.49
- (73) PANTALEON PRIETO, F
"Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ya cit. p.28
- (74) MORO ALMARAZ, M.J
"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro> ", ya cit. p.374
- (75) PANTALEON PRIETO, F
"Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ya cit. p.29
- (76) VILA CORO, M.D
"Nuevas tendencias del Derecho de Familia" en Revista General de Derecho Nº 543, diciembre, 1989, p.p. 7824 y 7825
- (77) RUIZ VADILLO, E
"La investigación científica y el Derecho" en Revista General de Derecho Nº 504, septiembre, 1986, p.3648
- (78) LIPARI, N
"La maternità e sua tutela nell' ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive" en Rassegna di diritto civile Nº3, 1986, p.577
- (79) VIDAL MARTINEZ, J
"La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos" en La Ley 1986, p.1035
- (80) ROCA TRIAS, E
"La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales", ya cit. p. p. 44 y 45
- (81) RUBIO CARDIEL, J
"Contestación a las cuestiones formuladas por el Ilmo Sr. Presidente de la Comisión Parlamentaria en la Sesión del 23 de octubre de 1985", informe presentado a la Comisión especial sobre estas cuestiones del Congreso de los Diputados, p.5
- (82) HORTAL ALONSO, A
"Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro> humanas", informe presentado a la Comisión especial sobre estas cuestiones del Congreso de los Diputados, p.6
- (83) RUIZ VADILLO, E
"Aspectos jurídicos de la Inseminación Artificial", I Simposium Nacional sobre Inseminación artificial heteróloga y bancos de Conservación de semen, Cruces de Baracaldo, 1979, p.222

- (84) QUESTIAUX, N
 "Reproductive Medicine in France: Legal Development",
 Informe presentado al Colloquium de Derecho Comparado
 Cambridge, Reino Unido, 15-17 de septiembre de 1987,
 p.4
- (85) RIVERO HERNANDEZ, F
 "La investigación de la mera relación biológica en la
 filiación derivada de la fecundación artificial" en
 vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática
 planteada por los avances científicos en materia de
 Reproducción Humana, II Congreso Mundial Vasco,
 Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988, p.157 y
- VIDAL MARTINEZ, J
 "Las nuevas formas de reproducción humana", ya cit. p.
 36
- (86) DELGADO ECHEVERRIA, J
 "Los consentimientos relevantes en la fecundación
 asistida. En especial, el determinante de la asunción
 de una paternidad que biológicamente no corresponde",
 en vol. La filiación a finales del siglo XX.
 Problemática planteada por los avances científicos en
 materia de Reproducción Asistida, II Congreso Mundial
 Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988, p.211
- (87) ZANONI, E
 "La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit.
 p.61
- (88) RIVERO HERNANDEZ, F
 "La investigación de la mera relación biológica en la
 filiación derivada de la fecundación artificial", ya
 cit. p.163
- (89) ROBERTSON, J
 "Procreative liberty, embryos and collaborative
 reproduction", ya cit. p.3
- (90) SERRANO ALONSO, E
 "El depósito de esperma o de embriones congelados y
 los problemas de la fecundación post mortem", ya cit.
 p. 372
- (91) EWERLOF, G
 "Swedish Legislations on artificial insemination" ,ya
 cit. p.74
- (92) ZANONI, E
 "La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit.
 p.50
- (93) LLEDO YAGUE, F
 "La regulación jurídica de la inseminación artificial y
 la fecundación <in vitro>", ya cit. p.p. 324- 326

- (94) NEUMANN DUESBERG
"Die Abstammungsfeststellung Klage", N.J.W , 1950 , p.
p. 14 y sgtes.
- (95) ESER, A
"La moderna medicina de la reproducción e ingeniería
genética (aspectos legales y socio políticos desde el
punto de vista alemán)" , ya cit. p.282
- (96) DURING
Grundgesetz Kommentar, band 1, München, 1976, p.18
- (97) AULETTA, T
"Fecondazione artificiale: problemi e prospettive",
Quadrimestre N°1, 1986, p.p. 50 y sgtes
- SANTOSUOSSO, F
"La fecondazione artificiale umana", ya cit.p.p. 72 y
sgtes
- COMPORTI, M
"Ingegneria genetica e Diritto: Profili
costituzionalistici e civilistici" en Iustitia, 1985,
p.335
- (98) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la
FIV y la I. A humanas", Congreso de los Diputados,
ya cit. p.p. 44 y 45
- (99) PANTALEON PRIETO, F
"Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción
Asistida" , ya cit. p.p. 23, 31 y 32

CAPITULO CUARTO
LA FILLIACION DE LOS HIJOS
NACIDOS
POR ESTAS TECNICAS

1.-IDEAS GENERALES:

La filiación es una institución fundamental que afecta a las personas en sus raíces más íntimas. Su determinación legal opera, en el ámbito del Derecho Civil, como una cuestión previa con una influencia directa y decisiva sobre otros muchos problemas civiles, como régimen de apellidos, patria potestad, nacionalidad, derechos sucesorios, etc (1).

A lo largo de la historia, el Derecho se ha ocupado de las relaciones entre generantes y generados y del hecho mismo de la generación humana, a tenor de los conocimientos proporcionados por la biología. Superadas las etapas primitivas donde se ignoraba la función que cumplía el hombre en la reproducción y sólo se tenía como jurídicamente relevante el vínculo de la maternidad, se llegó a la época del Derecho Romano, que sentó las bases jurídicas de la filiación (2).

El estudio de la filiación se ocupó de los problemas derivados de la reproducción humana, concretamente de las relaciones existentes entre reproductores y reproducidos, otorgando relevancia al coito ya que ésa era la vía natural, normal y, hasta hace poco, única de inseminar o fecundar el óvulo de una mujer (3).

Los principales problemas que se presentaban en la determinación de la filiación tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales, causantes del

nacimiento y en la dificultad para determinar la relación concreta que da origen a la gestación y al nacimiento correspondientes. Esta situación justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formalismos jurídicos que han informado parte del Derecho de Filiación. Como señala RIVERO HERNANDEZ, a medida que ciertas pruebas biológicas pudieron determinar, con precisión creciente, quién era el varón causante del embarazo, hubo de cambiar la normativa sobre filiación y sus principios informadores. Pero, siempre había un elemento común: la necesidad de la existencia de relaciones sexuales para la procreación. Sobre esta base se ha elaborado, desde el Derecho Romano hasta tiempos recientes, esa "categoría social, cultural y también jurídica que conocemos con el nombre de filiación y los conceptos de paternidad y maternidad" (4).

LACRUZ entiende que la filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto de sus progenitores e indica que, en principio, la relación jurídica debe coincidir con la realidad biológica. Sin embargo, no siempre existe aquella coincidencia. Si bien la filiación, como hecho natural, se da siempre y en todas las personas, como un hecho jurídico no siempre existe. A veces el Derecho no conoce -o no puede conocer con la certeza debida- la realidad biológica; otras veces, aun conociéndola o pudiendo conocerla, la ha desconocido en aras de determinados criterios (5).

El concepto de filiación ha experimentado una evolución desde conceptualizaciones que establecían como fundamento de ésta la vinculación de sangre, hasta las que la entienden como una relación fundamentalmente jurídica.

Para COLIN y CAPITANT, la filiación es el elemento determinante del parentesco. Son parientes las personas que descienden unas de otras o de un tronco común que constituye el parentesco en línea recta y colateral (6).

CASTAN considera que la filiación es un hecho natural, ya que está basado en la procreación y un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas (7).

O'CALLAGHAN entiende que la filiación es una realidad biológica y jurídica, pues al vínculo de sangre se une la relación jurídica. A esta idea se refiere el art.112 del C.C., al decir que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, ya que los efectos a que se refiere son los jurídicos, evidentemente y el tener lugar no es otra cosa que la generación física, biológica (8).

Determinados sectores entienden que la filiación, más que una realidad biológica es una realidad social, afectiva y educativa (9). Tanto DIEZ PICAZO como MONTES PENADES consideran que la filiación es una relación fundamentalmente jurídica y los términos de paternidad, filiación, padre, hijo expresan sobretodo categorías jurídicas estructuradas sobre papeles culturales (10).

Hasta la reforma de 1981, el Derecho español concedió una protección muy preferente a la fecundación producida dentro del matrimonio. Se basaba la paternidad en el principio "pater est quem nuptiae demostrant" . Esta se imponía inexorablemente al marido de la madre, si no demostraba él la imposibilidad de cohabitar con ella en los primeros ciento veinte días de los treientos que precedieron al nacimiento del hijo. De tal forma esto era así, que el hijo se seguía teniendo por legítimo aunque la madre hubiera declarado contra su legitimidad o hubiera sido condenada por adulterio -antiguo art. 108 del CC- (11). Se prohibía la investigación de la paternidad; la verdad legal prevalecía sobre la verdad biológica. La Ley establecía claras diferencias entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los hijos procreados fuera de éste. Los hijos extramatrimoniales recibían un tratamiento discriminatorio. Sin embargo, esta situación no tenía el mismo tratamiento en Cataluña, donde su legislación propia -siguiendo los precedentes romanos y canónicos- siempre admitió la investigación de la paternidad consagrando, el principio general de respeto a la verdad biológica (12).

La Constitución española de 1978, a través de su art. 19, estableció como principios rectores de la política social la protección de los niños y de las madres, la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación y la investigación de la paternidad y maternidad. El art. 14 consagró el principio de la igualdad, en cuya virtud nadie puede ser discriminado en razón de su nacimiento.

natural se basa en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica (17).

RIVERO HERNANDEZ opina que la concepción de la filiación del Código Civil, tras la reforma de 1981, si bien se basa en el principio de la veracidad, el establecimiento de la paternidad conlleva los principios de voluntad y responsabilidad que desplazan al biológico. El principio de responsabilidad, más que el dato genético, está en todos los casos en que se impone judicialmente la paternidad al hombre que mantuvo con la madre relaciones sexuales de las que es producto el hijo: no se hace padre tanto por llevar los mismos genes, sino en cuanto asuma las obligaciones derivadas de unos actos que han dado lugar a ese nacimiento. El elemento voluntarista -que comprende e incluye una asunción de responsabilidad de la función paterna- justifica que se considere padre al autor de un reconocimiento de complacencia y al varón que no quiere impugnar -consciente de que no es progenitor- la paternidad que la ley le atribuye. Los elementos de voluntad y responsabilidad unidos al de seguridad jurídica, son el contrapeso fundamental y la desviación comprensible del principio de la veracidad y del presupuesto biológico, que subyacen conceptual y naturalmente en la idea de paternidad y filiación (18).

Con el nacimiento de Louise Brown -primera criatura producto de una FIVTE- en 1978, se demostró que la concepción de un ser humano podía producirse fuera del

natural se basa en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica (17).

RIVERO HERNANDEZ opina que la concepción de la filiación del Código Civil, tras la reforma de 1981, si bien se basa en el principio de la veracidad, el establecimiento de la paternidad conlleva los principios de voluntad y responsabilidad que desplazan al biológico. El principio de responsabilidad, más que el dato genético, está en todos los casos en que se impone judicialmente la paternidad al hombre que mantuvo con la madre relaciones sexuales de las que es producto el hijo: no se hace padre tanto por llevar los mismos genes, sino en cuanto asuma las obligaciones derivadas de unos actos que han dado lugar a ese nacimiento. El elemento voluntarista -que comprende e incluye una asunción de responsabilidad de la función paterna- justifica que se considere padre al autor de un reconocimiento de complacencia y al varón que no quiere impugnar -consciente de que no es progenitor- la paternidad que la ley le atribuye. Los elementos de voluntad y responsabilidad unidos al de seguridad jurídica, son el contrapeso fundamental y la desviación comprensible del principio de la veracidad y del presupuesto biológico, que subyacen conceptual y naturalmente en la idea de paternidad y filiación (18).

Con el nacimiento de Louise Brown -primera criatura producto de una FIVTE- en 1978, se demostró que la concepción de un ser humano podía producirse fuera del

vientre materno. Se constató que para procrear no es imprescindible que se realice una relación sexual entre un hombre y una mujer; podrá haberla, también, a través de la unión de un óvulo con un espermatozoide en una placa de laboratorio, para luego transferirse al útero materno.

La innovación que presenta la fecundación <in vitro> con transferencia de embriones -FIVTE- choca con la concepción que tenía la legislación acerca del acto reproductor. Se regulaba sólo la concepción por fecundación natural, pero no por otros medios en que se prescinda de la cohabitación. El acto procreador deja de ser un acto íntimo, exclusivo, personal e intransferible de la pareja, para pasar a ser un acto pluripersonal en que intervienen terceros y también puede ser un acto individual fuera de la pareja si se aplica a mujeres solas.

Con las nuevas técnicas, las cuestiones de fondo ya no van unidas al conocimiento de una "causalidad biológica" (19) sino a establecer la filiación del nacido respecto a personas determinadas con independencia de su causalidad.

Esta técnica produce una disociación entre sexualidad y procreación, entre concepción y filiación, entre filiación biológica y formal. Esto pone en entredicho los conceptos de maternidad y paternidad, así como la determinación legal de la maternidad, la cual se basaba en el hecho de la gestación. Madre es la que ha gestado y ha dado a luz a la criatura. La maternidad era un hecho cierto y para

determinarla bastaba probar el hecho del parto y la identidad del hijo.

La posibilidad de que una mujer dé a luz un hijo cuya concepción se ha conseguido con la implantación de un embrión producto de una donación de óvulos, sea con la finalidad de ser su madre o de cederlo a otra mujer que alquiló su vientre, plantea una confusión de las maternidades genética, biológica y formal o jurídica. Son conceptualizaciones que entran en conflicto al enfrentar la necesidad de determinar o atribuir una maternidad.

Cuando la mujer está casada, se presume que el marido es el padre de la criatura que ha alumbrado. Estas presunciones admiten prueba en contrario, son *iuris tantum* (20). Las técnicas de reproducción asistida cuestionan los presupuestos de presunción de paternidad del marido, ya que no basta la separación de hecho para que pueda excluirse la presunción. Tampoco basta para acreditar la no paternidad, el sufrir impotencia generandi, puesto que el semen pudo emitirse mucho antes de que sobreviniera la impotencia o se produjese la separación (21).

De otra parte, la autorización de la investigación de la paternidad mediante las pruebas biológicas necesarias (art.127 del CC) tiende a que el padre legal coincida con el padre biológico. Rige el principio "*pater in quem sanguis demonstrant*". Con la FIVTE este principio se viene abajo, cuando existe la intervención de un donante. La

donación de semen presenta la problemática del anonimato del donante y del derecho del hijo a conocer sus orígenes que fue analizado en el capítulo III de este trabajo. Asimismo, plantea el problema de la relación paterno-filial: ¿debe ésta establecerse con el marido de la mujer que dió a luz o con el donante de semen?

Con esta técnica se produce la diferenciación entre los papeles de padre y progenitor. Padre es aquel que asume voluntariamente dicha función social, aunque genéticamente no lo sea y progenitor el que aporta el material genético "sin pretender ninguna relación jurídica filiacional con el ser que nazca producto de su donación de gametos" (22).

Algunos llaman "padres sociales" a los del nacido por FIVTE con donante de gametos en cuanto asumen la función social, a falta de elemento genético de paternidad/maternidad, y en consideración del componente de asunción de ciertas responsabilidades respecto del nacido que conlleva la paternidad/maternidad. RIVERO HERNANDEZ sostenía -antes de la promulgación de la LTRA- que podría hablarse, así, de una filiación (y paternidad o maternidad) civil, como opuesta a la filiación por naturaleza. La dualidad que hay en el art. 108 del Código Civil entre filiación por naturaleza y adopción podría generalizarse a la de filiación por naturaleza, sea matrimonial o no matrimonial y filiación civil -pues sólo formal o meramente civil es para el Derecho, que no según natura-, sea por adopción (en que no hay intervención alguna en el nacimiento del hijo),

o por fecundación asistida sin aportación de gametos, donde sí hay intervención en el nacimiento ya que este ocurre por voluntad y decisión de los padres, pero alguno de éstos (o ambos), no es progenitor (23).

TRABUCCHI también opone a la filiación por naturaleza, la filiación civil: "al lado de la filiación por naturaleza que puede ser legítima o natural simple, existe una filiación civil que tiene origen o de una relación de adopción o del recurso legalizado a la fecundación heteróloga" (más propiamente filiación biológica de donante desconocido) (24).

CORNU distingue entre filiación parental autónoma (o filiación por naturaleza) y filiaciones paralelas autorizadas. La filiación parental autónoma comprende la legítima y la natural; en las filiaciones paralelas estarían la adoptiva y la resultante de la reproducción artificial (25).

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.1, establece que: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo". Por tanto, nos está remitiendo al art.108 del CC que dice que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Luego, los hijos nacidos por FIVTE tienen una filiación por naturaleza.

2.-DETERMINACION DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD

a) En la determinación de la paternidad de un niño nacido por la aplicación de una FIVTE juega un papel fundamental el consentimiento del marido o compañero de la mujer. Este será el elemento decisivo de superación de la realidad biológica, para mantener de modo irrevocable todos los efectos del consentimiento, básicamente, en la atribución de la paternidad (26). Bajo esta situación, el nexo biológico ha dejado de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno-filial. Aparece como un factor o elemento más importante la voluntad procreacional del marido o conviviente de la mujer que la intervención de un donante para suplir carencias o deficiencias que impedían la procreación natural. Lo que nadie puede suplir, en estas técnicas, es el acto de voluntad de la pareja -casada o more uxorio- o de la mujer sola. "El hijo nace por su exclusiva decisión que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera nacido" (27).

STOYANOVITCH refiriéndose a la intervención y consentimiento del marido de la madre que ha tenido un hijo por estas técnicas (él se refiere específicamente al caso de la inseminación con donante, pero puede aplicarse a la FIVTE por su similitud) dice: "es él quien ha decidido que ese hijo debía nacer" (...) "si hubiera dicho que no a la petición de la madre, el hijo no hubiera nacido. Es pues, el que ha engendrado la idea del futuro hijo" (28).

VERCELLONE, analizando la importancia de la voluntad tanto en la procreación natural como en la artificial, considera que la atribución de la paternidad, en la concepción natural o tradicional, ha sido justificada en función de la responsabilidad del hombre, deducida a su vez de la voluntariedad del acto necesario. El elemento decisivo sería la voluntariedad. Agrega que la atribución de la paternidad se ha fundado sobre la responsabilidad de la penetración del hombre en la mujer. Esta penetración ha sido vista como un hecho voluntario del hombre, haciendo depender de tal voluntariedad la responsabilidad y, por tanto, la paternidad. La atribución de la paternidad está en función no sólo de la derivación genética sino, también, de la voluntariedad del acto necesario para que pueda tener lugar la transmisión genética. Por tanto, concluye este autor, es coherente en la atribución de la paternidad, en los casos de fecundación artificial, considerar como esencial para la atribución, nuevamente, el elemento voluntariedad por parte del hombre (29).

Lo esencial de esta procreación, a través de la FIVTE, se encuentra en la voluntad del que quiere ser y sentirse padre a pesar de sus impedimentos o carencias fisiológicas. Resaltan, sobre la realidad biológica, otros elementos irrefutables del concepto de paternidad: intencionalidad y responsabilidad (30).

Por su parte, el Informe Warnock en su recomendación Nº 51 señala que: " Los niños concebidos por IAD deben ser contemplados por la Ley como hijos legítimos de sus madres y de los maridos de

éstas, cuando ambos hayan prestado su consentimiento al tratamiento" y en la

Recomendación Nº 54 indica que: "La ley debe ser modificada en el sentido de permitir que el marido sea registrado como padre".

El Informe del CAHGE ,del Consejo de Europa, en su proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial, en 1984, decía en

su art.9.1: (...) "si la mujer estuviese casada, el cónyuge será considerado como padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrá disputarse la legitimidad del niño por el solo hecho de la procreación artificial.

En el caso de la pareja no casada, al compañero de la mujer que hubiese consentido no se le permitirá oponerse a la institución de los derechos y deberes paternos en relación con el niño, a no ser que pruebe que el niño no nació como resultado de la procreación artificial".

El Informe del Comité de expertos sobre los Progresos de las Ciencias Biomédicas (CAHBI) del Consejo de Europa coincide con lo establecido en el Informe del CAHGE, en su Principio 15.

En las Propositiones de Ley presentadas en el Parlamento italiano se considera fundamental el consentimiento de ambos integrantes de la pareja, sea ésta matrimonial o more uxorio, pues dicho consentimiento determina la paternidad, al entenderse que el nacido es hijo del hombre que ha manifestado la voluntad de que su mujer sea fecundada con semen de un donante (31).

La ley del Estado de Victoria (Australia) de 1984 "Status of children Amendment" sobre el status del hijo nacido por estas técnicas, considera que el marido que consienta en que a su mujer se le practique una FIVTE con donante, será considerado como padre del hijo que nazca.

Tanto el Informe del Congreso de los Diputados, como la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista al Congreso de los Diputados sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre estas materias, han considerado el consentimiento del marido o compañero de la mujer, para que se le practique una FIVTE (con donación o sin ella), como un elemento constitutivo de la filiación y de atribución de la paternidad.

Así lo señala el Informe del Congreso de los Diputados en sus recomendaciones 27, 100, 102 y 103.

Dice la Recomendación Nº27: "La inseminación artificial o la FIV u otras técnicas afines realizadas con semen de donante, en el caso de las parejas estables o matrimonio deberán hacerse también con consentimiento expreso y por escrito del varón de la pareja correspondiente".

Recomendación Nº 100: "Deberá regularse que el matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realice una IAD, o una FIV con semen, óvulos o embriones de donantes -previa y fehacientemente consentida por ambos miembros de aquel vínculo- serán los padres legales del o de los hijos que nazcan".

Recomendación Nº 102: "Cuando se hayan donado embriones de una pareja previamente fallecida, la pareja receptora serán los padres legales, y sus hijos serán sus herederos y no de los donantes, siempre que la pareja receptora haya dado su consentimiento expreso y por escrito".

Recomendación Nº 103: "El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado

legalmente como hijo de la madre que lo ha gestado y del varón de la pareja que constituye, siempre que ambos lo hubieran acordado y aceptado previamente en un documento fehaciente".

La proposición de Ley presentada por el grupo Socialista al Congreso de los Diputados acogió estas recomendaciones, las que estableció en los siguientes números del art. 7º y 8º.

Art. 7.2: "Antes de la realización de estas técnicas, intervengan en ellas donantes o no, se deberá contar con el consentimiento escrito, tanto de la mujer receptora como del varón con el que constituye matrimonio o pareja estable".

Art. 7.3: "El matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas de reproducción asistida, con colaboración de donantes o sin ella, serán los padres legales del hijo o hijos así nacidos, siempre que hayan dado consentimiento previo y fehaciente una vez conocidos todos los términos de la utilización de las técnicas a que hace referencia este Anteproyecto de Ley o las normas que lo desarrollen".

Art. 7.4: "El varón de un matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas con intervención de donante, sin que él haya dado su consentimiento previo y fehaciente, o cuando éste fue desatendido probadamente en sus términos sustanciales, podrá renunciar al hijo o hijos así nacidos, que será/n registrado/s como sin padre.

Art. 7.5: "La condición de padres, previa y fehacientemente consentida, no podrá anularse, aunque los hijos nacieran con taras o enfermedades hereditarias".

Art. 8.3: "El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo gestó y del varón con el que ésta constituye matrimonio o pareja estable siempre que éstos lo hayan aceptado previamente en los términos de este Anteproyecto de Ley".

El art. 7.3 debe relacionarse con los apartados 2 y 3 del art.2º que establecen la obligación de asesorar suficientemente a quienes deseen recurrir a estas técnicas

o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y riesgos posibles (art. 2.2); también señalan que "la aceptación de la realización de estas técnicas o sus derivaciones por parte de los donantes o usuarios deberá recogerse obligatoriamente en un formulario al efecto, cubierto y firmado por aquellos previamente y con capacidad y libertad para actuar" (art.2.3).

En la tramitación de la Proposición en el Congreso de los Diputados se aprobó la enmienda Nº 369 del grupo Socialista, por la que el apartado 4 del art.7º se sustituye por los nuevos apartados 5 y 6. El apartado 5 del art. 7º de la Proposición se convierte en el apartado 7. Se agregó, además, un nuevo apartado, por lo que el apartado 2 pasó a ser el apartado 3 y el apartado 3 pasó a ser el 4.

El apartado 5 dice: "Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación".

Apartado 6: "Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o Establecimiento autorizado, en el que se refleja el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación de la paternidad".

En el Senado, fueron eliminados los apartados 3, 4 y 7 del art. 7º; los apartados 5 y 6 pasaron a ser los apartados 1 y 2 del art. 8º. En el Pleno del Congreso de los Diputados fueron aprobadas las modificaciones del Senado. Por tanto,

se puede concluir que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida considera que el consentimiento previo a la realización de la FIVTE, por parte del marido, es un reconocimiento de su paternidad. Este reconocimiento debe reunir los requisitos de expresión libre, consciente y formal señalados en los arts. 2.2 y 6.4.

Como señala DIAZ AMBRONA, el vínculo parental nace del consentimiento prestado por el marido y del consentimiento y reconocimiento prestado por el varón de la pareja (32).

En relación a la situación y trascendencia jurídica del donante hay distintas posiciones en la doctrina, que van desde una interpretación genetista extrema de las normas de filiación -padre es aquel que transmite la herencia genética y por tanto, el donante del semen fecundante es el padre- hasta posiciones que consideran más relevante la decisión del varón que decide el nacimiento de una criatura -por estas técnicas- porque desea tener un hijo, aunque no pueda aportar sus genes. Sería una decisión más trascendente que la aportación del semen de un donante a un centro especializado. En la primera posición, nos encontramos con AULETTA, quién señala que en la fecundación artificial, el acto que hace posible la concepción es la donación de semen por parte de un tercero, que constituye el inicio del proceso vital. Agrega este autor que "el donante ha realizado actos inequívocos idóneos para hacer posible la concepción, por lo que debe soportar las cargas

correspondientes y a él van en consecuencia atribuidos los derechos-deberes que deriven de la generación" (33).

LABRUSSE-RIOU considera que la filiación no puede establecerse respecto a un individuo cuya donación no implica ninguna intención de paternidad (34). DELGADO ECHEVERRIA disiente de esta afirmación, diciendo que "la intención ha sido siempre y es, por sí, irrelevante para excluir la paternidad y no ha de tener en este caso mayor efecto que la misma voluntad en la relación sexual casual y anónima con mujer desconocida o que la falta de intención de convertirse en un padre que puede suponer en el violador de la mujer embarazada" (35).

Si bien es cierto que en la atribución de la paternidad en la fecundación natural es irrelevante la intención -querer o no querer ser padre-, la procreación ocurre porque al realizarse el coito se está efectuando el acto necesario para desencadenar la fecundación. En cambio, en la fecundación asistida con donante, el acto de donación de semen es insuficiente para provocar la fecundación; se requiere de la intervención de un tercero -médico- para que escoja la receptora idónea (desconocida para el donante en todo momento) y luego realice la fecundación en una placa de laboratorio. Como señala LLEDO, en la reproducción asistida, "el acto de la donación de semen es insuficiente para provocar la efectiva fecundación, sino que la voluntariedad y el determinismo de un tercero (médico

especialista) hace depender la potencialidad fecundante del gameto donado, eligiendo la receptora idónea" (36).

Al analizar el concepto de paternidad, se considera que éste es algo más rico y complejo que la mera aportación gratuita del semen para una inseminación anónima, en un centro especializado donde se aplica a una mujer, normalmente desconocida para el donante, quién no sabe siquiera si llegará a emplearse, que no desea ser padre y se desentiende del destino del semen (37). TRABUCCHI señala que, al estar ajeno el donante al empleo que se hace de su semen, jurídicamente no debe ser responsable de la paternidad porque falta el elemento de la autorresponsabilidad de los actos socialmente relevantes. Otra cosa sería si el productor de semen lo hubiera determinado a una mujer determinada (38).

Al respecto, VERCELLONE distingue entre una donación a una mujer determinada y una aportación de semen indeterminada. En el caso de la donación de semen a una mujer determinada, la voluntad del hombre es idéntica en el contenido a la de quien quiere unirse sexualmente con una mujer para tener un hijo. Incluso la específica voluntad de fecundar es todavía más evidente que en la copulación, porque falta la voluntad de unión sexual y sólo existe, propiamente, la voluntad de fecundar a aquella mujer. En la segunda hipótesis (voluntad de entregar el semen para que otro haga el uso que quiera), el hombre no quiere un hijo para sí y tampoco lo quiere de una mujer determinada; su voluntad

queda plenamente realizada, aunque su semen no sea utilizado. En el primer caso, el hombre es parte de un contrato de obra para que el otro contratante haga todo cuanto sea necesario para que del semen nazca un hijo. En conclusión, la atribución de la paternidad por la voluntad del hombre parece evidente en el primer caso; en cambio, en la segunda hipótesis se duda de la suficiencia del elemento subjetivo, que se limita a la aceptación de la eventualidad de que, por decisión de otro, su semen sea usado para fecundar a la mujer también elegida por otro (39).

La mayoría de los Informes extranjeros consideran al donante exento de toda responsabilidad paterno-filial frente al hijo que nace producto de su donación de semen. Así, el Informe Warnock recomienda que "debe modificarse la Ley de tal manera que el donante de semen carezca de derechos y deberes paternos respecto al hijo" (Recomendación Nº 52).

El Proyecto preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de Procreación Artificial del Consejo de Europa (CAHGE), en su art.2.2, establece que: "Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra el niño".

El Informe del Comité de Expertos sobre los Progresos de las Ciencias Biomédicas (CAHBI), del Consejo de Europa, en su Principio 15.2 dice: "Si las condiciones establecidas en los principios pertinentes han sido respetadas, ningún lazo de filiación entre los donantes de gametos y el niño concebido por procreación artificial puede establecerse. Ninguna acción de alimentos puede intentarse contra el donante o por éste contra el niño".

El Informe Palacios recomienda que: "Los donantes de gametos y embriones, en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad" (Recomendación Nº 50).

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista recogió esta recomendación en el art. 5.3 de la Proposición. La Proposición decía : "Los donantes en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a la paternidad o maternidad resultantes de la donación siendo ésta inoperante a efectos jurídicos". En la tramitación de la Proposición en el Congreso de los Diputados, este apartado fue suprimido.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida señala que el hijo nacido por una fecundación asistida con donante, no establece ninguna relación paterno-filial con éste. Dice el art. 8.3: "La revelación de la identidad del donante en los

supuestos que proceda con arreglo al art.5 apartado 5 de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación".

Se puede concluir que la verdad biogenética, establecida en la reforma de 1981 sobre filiación, encuentra una excepción en la reproducción humana asistida, donde se parte de la falta de responsabilidad del donante por la ausencia de relación sexual con la receptora del gameto fecundante. Se dona el semen a un centro especializado y no a una mujer determinada.

La atribución de la paternidad, en la fecundación natural, nace del elemento genético y de la responsabilidad masculina en la procreación, al haberse realizado el acto necesario para desencadenar ésta. En la fecundación asistida, dicha atribución nace del consentimiento prestado por el marido para que se realice una FIVTE a su mujer o del consentimiento y reconocimiento prestado por el conviviente.

b) La determinación de la maternidad, hasta la aparición de la fecundación <in vitro> no presentaba problemas. Regía el principio de que la maternidad era un hecho cierto -mater semper certa est- y se determinaba legalmente por el hecho del parto, debidamente acreditado y por la identidad del hijo. La aplicación de la regla "partus sequitur ventrem" presuponía que existía una coincidencia entre la mujer que aporta un óvulo, la que sobrelleva el embarazo y la que da

a luz. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 13 de junio de 1979, conociendo el caso Marckx, indicaba que la maternidad del niño debía quedar determinada con facilidad desde el momento mismo del nacimiento.

Con la fecundación <in vitro> con donación de óvulo y posterior implantación de embriones en el útero de la mujer que dará a luz a la criatura, se presenta el problema de la determinación de la maternidad por la prueba del parto: ¿quién es madre, la mujer que aportó el óvulo (madre genética) o la que recibe el embrión, llevó a cabo el embarazo y parió al niño (madre gestante)?

Si las aportaciones biológicas de ambas mujeres en la reproducción son fundamentales ... ¿en que sentido definir la madre legal si puede que concurren tanto en la gestante como en la que aporta el óvulo el deseo de maternidad y la voluntad de ser responsable como tal ante la sociedad y el Derecho? (40).

Al respecto, O'CALLAGHAN consideraba que, al no haber una regulación específica sobre qué maternidad debía tener preponderancia (aún no se había promulgado la LTRA), "debía aplicarse el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) y, en consecuencia, debía considerarse madre a la que pueda mas adecuada y convenientemente proteger y atender al hijo" (41).

Un factor que ha sido muy tomado en cuenta para determinar la maternidad es el proceso de gestación que lleva a cabo la mujer receptora y la relación que se da entre ésta y el feto. En el penúltimo párrafo del apartado II de la Exposición de Motivos de la LTRA se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el feto durante los nueve meses de embarazo.

Para LLEDO, la maternidad que debe tener una mayor preponderancia es la de gestación, por el componente psicológico y fisiológico que supone la relación madre-feto durante el período de gestación, que contribuye, decisivamente, al proceso de formación y desarrollo del hijo (42).

En esta misma línea BIK, quien considera que la maternidad se determina por el hecho del parto más que por los vínculos genéticos. Entre otras razones, por la relación íntima que supone la gestación y la necesidad de dar al niño un claro status filli desde su nacimiento (43).

Por su parte, FERRANDO, comentando las conclusiones del Proyecto de la Comisión Ministerial italiana, indica que la Comisión decidió por mayoría identificar a la madre legal con aquélla que ha parido (44).

Para ZANONI, tanto en la maternidad genética como en la gestante existe un fundamento biológico; por tanto, para

poder determinar la maternidad es fundamental ponderar la voluntad procreacional en la madre que da a luz al hijo, por una parte, y, por otra, verificar la ausencia de voluntad procreacional en la dadora del óvulo que fue fecundado o del embrión que fue donado (45). En la misma línea VERCELLONE, al estimar que sólo puede considerarse madre "a aquella que ha parido el hijo para sí, que lo ha hecho para sí, que lo ha hecho por sí, aunque recurriendo al material genético ajeno, pero que ha querido su fecundación para tener un hijo propio, aunque fecundada con el óvulo de otra persona" (46).

La Ley del Estado de Victoria (The Victorian status of children Amendment Act, 1984) estableció que la mujer casada se presumirá, para todos los efectos, haberse quedado embarazada como resultado de la fertilización de un óvulo producido por ella y ser madre de cualquier niño nacido como resultado del embarazo; la ley se aplica de igual modo a las parejas casadas y a las parejas estables.

El Informe Warnock recomienda que "La legislación debe disponer que cuando nazca un niño de una mujer como resultado de la donación de óvulo por otra, la mujer que dé a luz debe ser considerada a todos los efectos por la ley como madre del niño y la donante del óvulo no debe ostentar derecho ni obligación alguna en relación con ese niño" (Recomendación Nº 55); también debe aplicarse esta propuesta a los niños nacidos como resultado de la donación de embriones (Recomendación Nº 56).

El Informe del CAHGE señala en su art. 9.1: "Cuando la procreación artificial haya sido llevada a cabo de conformidad con esta recomendación, el niño será considerado por la Ley como el hijo de la mujer que le hubiese dado a luz..." y el apartado 2 indica: "Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra el niño".

El Informe del CAHBI en su Principio Nº 15.1 establece: "En caso de procreación artificial con gametos de donantes la mujer que da a luz al hijo es considerada como madre".

Por su parte, el Informe Palacios distingue distintos tipos de maternidad que pueden darse por separado: maternidad biológica plena (se aporta óvulo y gestación), no plena (sólo se aporta un elemento biológico: óvulo o gestación) ; educacional o afectiva: de deseo, legal. Frente a esto se pregunta la Comisión del Congreso de los Diputados: ¿Cuál es la más humanizada, profunda, importante e influyente en la referencia materno-filial? La Comisión entendió que la maternidad de gestación es sin duda más importante que la maternidad genética y que la maternidad educacional presenta, a su vez, un elevado rango pues influye decisivamente en los hijos, en el desarrollo de la personalidad, inteligencia y responsabilidad social (47).

El Informe identifica a la madre legal con la que gesta y alumbra al hijo, con independencia de que se haya producido una donación de óvulos. Así la Recomendación Nº100 dice:

"Deberá regularse que el matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realice una IAD o una FIV con semen, óvulos o embriones de donantes - previa y fehacientemente consentida por ambos miembros de aquel vínculo- serán los padres legales del o de los hijos que nazcan".

La Recomendación Nº 107 indica que: "El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo ha gestado y del varón de la pareja que constituye, siempre que ambos lo hubieran acordado y aceptado previamente en un documento fehaciente".

La Proposición de Ley de 9 de mayo de 1987 corrobora las recomendaciones Nº 100 y 107 del Informe Palacios, al señalar en su art. 8.3: "El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo gestó y del varón con el que está constituye matrimonio o pareja estable, siempre que éstos lo hayan aceptado previamente en los términos de este Anteproyecto de Ley".

En la tramitación en el Congreso de los Diputados, el Informe de la Ponencia mantuvo la redacción del apartado 3 del art.8º hasta donde dice "pareja estable" y modificó la parte final, dándole la siguiente redacción: (...) "siempre que estos lo hayan aceptado previamente en los términos de esta ley" (48). En el Senado, este artículo fue suprimido.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida identifica a la madre legal con la que gesta y da a luz al hijo con independencia de que se haya producido o no donación de óvulo o embrión. Dice el art. 10.2: "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" y el art. 7.1 indica que: "La filiación de los nacidos por estas técnicas se regulará por las normas vigentes, a salvo las especialidades contenidas en este capítulo", con lo cual nos está remitiendo al art. 135 del CC.

En relación a que el parto sea lo que determina la maternidad en los casos de FIVTE con donación de óvulo o embrión, MORO ALMARAZ considera que "debería contemplarse con más detenimiento el tema permitiendo descender en la decisión al caso concreto, para que la identidad genética no sea irrelevante cuando el hijo quede desvalido por falta de la gestante. De esta forma, si la madre genética estuviera interesada en hacerse cargo de su descendencia no tendría que pasar por una extraña, sino por aquella que le ha transmitido parte de su herencia genética. No es sencillo emplear radicalmente reglas generales en supuestos tan excepcionales como los aquí tratados" (49).

Se puede concluir que la atribución de la maternidad, tanto en la fecundación natural como en la asistida, se determina por el hecho del parto. Será madre la mujer que gestó y parió a la criatura, independiente del hecho genético.

3.- FILIACION DE LOS HIJOS NACIDOS POR FIVTE:

Una vez

analizada la determinación de la paternidad y maternidad en forma general, pasaré a estudiar la filiación de los hijos nacidos por FIVTE, sea con gametos de la misma pareja, con donación de semen, óvulo o embrión. La fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada serán analizadas en capítulos apartes.

3.1.- Fecundación <in vitro> con transferencia de embriones realizada con gametos provenientes de la pareja. Este tipo de fecundación se produce cuando el embrión que se implanta en el útero de la mujer procede de la fecundación de óvulo y espermatozoide de la pareja, llevada a cabo fuera del vientre materno, en una placa de laboratorio.

En esta situación, existe una identidad entre la paternidad genética y la legal y entre la maternidad genética y biológica o de gestación. Lo que aquí diferencia a la FIVTE de una fecundación vía cópula, es que se prescinde de la relación sexual para la concepción del hijo. Esta concepción se produce con los gametos de la pareja. Por tanto, el hijo que nace es portador de la herencia genética de sus padres; luego, la filiación del hijo será matrimonial si los padres están casados, de acuerdo a lo prescrito en el art. 108 del CC y en el art.7.1 de la LTRA que dice: "La filiación de los nacidos con las técnicas de la reproducción asistida se regulará por las normas

vigentes, a salvo las especialidades contenidas en este artículo".

En general, la determinación de la filiación en los casos de FIVTE con gametos provenientes de la pareja no presenta problemas, salvo cuando el marido o varón de la pareja fallece habiendo dejado sus gametos depositados en un banco de semen. Este caso será analizado en el capítulo V de este trabajo.

Nada especial, en materia de filiación, contiene el capítulo III de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en lo que respecta a la fecundación artificial con gametos del marido de la mujer. Por tanto, de acuerdo a lo establecido en el art. 7.1 de la LTRA nos regiremos por las normas establecidas en el Código Civil para la filiación.

a) El hijo concebido en matrimonio por una FIVTE con gametos del matrimonio es considerado como matrimonial. El marido es progenitor y padre del hijo.

La licitud de la FIVTE con gametos del matrimonio es la menos discutida de estas técnicas "siempre que cuente con el consentimiento eficaz del marido, tanto para la obtención del esperma, como para la utilización del mismo con fines reproductores" (50).

Al respecto, SANCHO REBULLIDA consideraba -antes de la dictación de la LTRA y de la Instrucción del Vaticano- que acaso la disociación entre el aspecto unitivo y

reproductor, al ser contranatura, fuera contrario al derecho natural. Mas, tratándose de una infertilidad incurable e involuntaria, "es posible que la exigencia no sea de derecho natural primario" (51).

Por su parte, la Iglesia Católica, a través de la "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", ha rechazado la FIVTE por considerar que constituye una disociación de los aspectos unitivo y reproductivo en orden a la continuidad de la especie.

- Si la pareja está casada y tanto la FIVTE como el parto se llevan a cabo durante el matrimonio, la filiación matrimonial quedará determinada por el consentimiento otorgado por el marido "de manera libre, consciente, expresa y por escrito" para la realización de la FIVTE a su mujer (art. 6.3 de la LTRA) y por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres (arts. 115.1 y 116 del CC ; art.48 LRC y arts. 181 y 183 del RRC). Si no se inscribe el nacimiento dentro del plazo, tendrá que probarse la existencia e identificación del nacido y su falta de inscripción en el Registro Civil, procediéndose a la inscripción de nacimiento fuera de plazo, conforme a lo dispuesto en el art. 95.5 de la LRC, en relación con los arts. 311 y sgtes del RRC. Deberá acreditarse de igual modo, el matrimonio de los padres.

Se trata de una filiación matrimonial que, en principio, resulta mucho más firme que la filiación natural debido a que la presunción de paternidad puede demostrarse con el historial clínico de la FIVTE (52). Permite constituir una prueba directa de la generación, de los sujetos participantes en ella y de los consentimientos dados.

- Si la FIVTE se realizó antes del matrimonio de los padres y el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a dicha celebración. Los padres no estaban casados cuando se realizó la FIVTE pero sí lo están en el momento del parto (arts. 108 y 116 del CC).

- El hijo fue concebido antes que estuvieran casados sus padres

- ambos padres dieron su consentimiento para que se realizará la FIVTE, lo que supone un explícito reconocimiento de padre y madre.

Al nacer el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y constar el consentimiento, se inscribirá la paternidad matrimonial del marido, sin que pudiera constar la declaración auténtica de contrario, establecida en el art. 117 del CC y sin que pueda cancelarse, por expediente gubernativo dicha inscripción establecida en el art. 184 del RRC. Esto es debido a que este reconocimiento se basa en un convencimiento de ser padre al constatarse la procedencia de los gametos, a diferencia de lo que ocurre en el reconocimiento vía cópula donde dicho reconocimiento "es una declaración de paternidad" (53). Por tanto, no podrá el

marido destruir la presunción de paternidad, mediante declaración en contrario, una vez acreditado dicho consentimiento.

- Si la FIVTE se lleva a cabo estando separados legalmente los cónyuges y el parto tiene lugar cuando han transcurrido los trecientos días siguientes a la separación y el marido dió su consentimiento para que se practicara una FIVTE a su mujer, el hijo será matrimonial, de acuerdo al art. 118 que señala: "aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación matrimonial si concurre el consentimiento de ambos".

En los casos de separación legal o de hecho, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no exige el consentimiento del marido para realizar la FIVTE. Dice el art. 6.3: "Si estuviera casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieran separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente". Llama la atención, en este artículo, la referencia a la separación por sentencia firme de divorcio puesto que la sentencia firme de divorcio significa disolución del vínculo matrimonial de acuerdo a lo establecido en el art. 85 del CC. Si no existe matrimonio no puede haber separación.

El marido al otorgar su consentimiento para que a su mujer se le practique una FIVTE está asumiendo su paternidad; es decir, está realizando un reconocimiento adelantado y por tanto, de acuerdo al art. 118 del CC, ese hijo será matrimonial. Deberá inscribirse el nacimiento en el Registro Civil junto con la inscripción del matrimonio de los padres (arts. 115.1 y 118 del CC, art. 48 LRC y arts. 181 y 183 RRC).

Uno de los casos dudosos que plantea la FIVTE con gametos del matrimonio, es cuando a la mujer se le transfieren la mitad o una parte de los embriones obtenidos en una fecundación <in vitro> y el resto se congelan para futuras implantaciones. Pasado un tiempo, el matrimonio se separa pero la mujer quiere ser madre y pide que se le transfieran los embriones congelados.

La duda que surge, en este caso, es si subsiste el consentimiento otorgado por el marido y, por tanto, si puede considerarse válido para la transferencia de dichos embriones congelados. La ley española no trata directamente esta situación ni las Propositiones de Ley extranjeras, salvo la Proposition italiana del Grupo Mixto que recomienda la reiteración de los consentimientos, por cada intento para conseguir un embarazo (54).

Al respecto, MORO ALMARAZ señala que en los casos en que de una fecundación <in vitro> resulte un número alto de embriones, los cuales no podrán ser transferidos de una sola vez, "deberán expresar por escrito ambos cónyuges su

intención sobre ellos, dar el consentimiento para una donación-adopción, expresar el deseo de que en otro momento la pareja intentará un nuevo embarazo o bien se reservan para el caso de que no se consiga en el primer momento de la implantación (55).

Por su parte, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, al regular la fecundación *post mortem*, en su art. 9.4, indica que "el consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas". Hay que señalar que, quizás, este artículo sólo debería referirse a los supuestos propios del art.9º pero, al emplear el art. 9.4 la frase "para la aplicación de las técnicas", pareciera que el legislador se está refiriendo a toda clase de técnicas, no solo a las *post mortem* (56); de lo contrario hubiera empleado el adjetivo demostrativo "estas". Además, si este artículo se remitiera exclusivamente a las técnicas *post mortem* ¿cómo puede revocar su consentimiento alguien que ha muerto?.

Con la expresión "realización de aquellas", se está señalando que el consentimiento se puede revocar hasta que se realice la fecundación <in vitro>. Es decir, una vez formado el embrión, el marido no podrá revocar el consentimiento. Pero ¿que ocurre cuando transcurren dos o tres años?. El transcurso del tiempo hace que las situaciones personales cambien; por ello, más acorde con la realidad sería que para cada intento de un nuevo embarazo

(es decir, para cada nueva transferencia de embriones al útero de la mujer) se exigiera un nuevo consentimiento.

b) Si la pareja no esta casada y se le practica una FIVTE a la mujer con gametos provenientes de ellos y con consentimiento de ambos, el hijo será no matrimonial. Se trata de una situación similar a la de la pareja casada, y sólo difiere de ella en cuanto el varón de quien proceden los gametos no esta casado con la mujer a la que se le practica la FIVTE. Tanto si la pareja es estable como si no lo es, si el varón dió su consentimiento, el hijo será no matrimonial de ambos. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no exige que la pareja que se somete a una FIVTE forme pareja estable similar al matrimonio, sólo se requiere que el varón que entrega sus gametos consienta que con ellos se practique una FIVTE a la mujer que dice ser su pareja. Este consentimiento lo hace asumir la paternidad del hijo que nazca.

El consentimiento de expresión libre, consciente y formal otorgado por el varón de la pareja y la inscripción practicada en el Registro Civil al tiempo del nacimiento, determinan la filiación no matrimonial del hijo (arts. 6.4 y 8.2 de la LTRA; art. 120.1 del CC y art. 49.1 LRC y art. 185 RRC).

Al respecto, dice el art. 6.4 de la LTRA: "El consentimiento del varón prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el art. 89

apartado 2 de esta Ley deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal ..." y el art. 8.2 señala que: "se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la LRC el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación ...".

En consecuencia, el consentimiento "de expresión libre, consciente y formal" otorgado por el varón, para que se le practique una FIVTE, con sus gametos, a su mujer es considerado un escrito indubitado a los efectos del art. 49.1 de LRC.

La formalidad del consentimiento que otorga el varón para que se practique la FIVTE consiste en la firma de un "formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquella", según lo prescrito por el art. 2.3 de la LTRA. Tanto Lledo como Bercovitz y Lacruz eran partidarios de que este consentimiento se hiciera a través de una escritura pública (57), lo que permitiría la inscripción directa de la filiación sin necesidad de iniciar el expediente gubernativo señalado en el art. 49.1 de la LRC.

El consentimiento otorgado por el varón de la pareja "funciona a modo de reconocimiento del concebido pero no nacido" (58). Un sector de la doctrina lo admite en los casos de fecundación natural basándose en el art. 122 del CC siempre que se produzca conjuntamente por ambos padres o por la madre, dado que un concebido sólo puede ser

individualizado con referencia a la madre (59). SANCHEZ REBULLIDA considera que si antes de la reforma la doctrina admitía, en general, que el nasciturus pudiese ser reconocido en base a los arts. 29, 627 y 644, con mayor razón habrá que admitirlo, tras una reforma que tiende a mejorar el status de la filiación no matrimonial, sólo que en este caso se hace imprescindible revelar la identidad de la madre gestante (60). BERCOVITZ estima que dadas "las características propias de este tipo de fecundación asistida y el hecho que el expediente médico recoja una prueba directa de la generación le inclina a pensar que ese reconocimiento del "concepturus" debe valer como tal en estos casos, permitiendo la inscripción de la filiación no matrimonial correspondiente en el momento del nacimiento (61).

Como señala PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, cualquier manifestación de reconocimiento que se haga incidentalmente en forma solemne constituye un reconocimiento expreso, un acto de admisión de la paternidad, pero no un título de determinación de la paternidad (62). Es decir, el consentimiento otorgado por el varón de la pareja constituye un acto de admisión de la paternidad y la inscripción de la filiación no matrimonial en el Registro Civil (de acuerdo a los arts. 120.1 del CC o del art. 49.1 LRC) otorga el título de determinación de la paternidad.

De otra parte, si la mujer que se somete a una FIVTE con gametos de su pareja se encuentra, a su vez, casada con otra persona y el varón con el que forma pareja consintió

en la FIVTE ¿que filiación corresponde al hijo: la matrimonial o la no matrimonial?

Si la mujer se encuentra separada de hecho o por mutuo acuerdo, que consta fehacientemente, el art. 6.3 de la LTRA señala que no requiere consentimiento del marido. Dice el art. 6.3: "Si estuviera casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieran separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente".

El consentimiento otorgado por el varón de la pareja determina la filiación del hijo no matrimonial, de acuerdo a los arts. 6.3, 6.4, 8.2 de la LTRA y arts. 108, 120.1 del CC o 49.1 de la LRC; art 185 RRC pero, previamente, habrá que destruir la presunción de paternidad del marido de la madre. Esta presunción de paternidad del art.116 se destruirá, fácilmente, probando la forma de la concepción del hijo, la procedencia de los gametos y los consentimientos otorgados a través del historial clínico de la pareja que se sometió a la FIVTE y, por tanto, la no participación del marido. El hijo será inscrito como no matrimonial de la pareja, de acuerdo a los arts. 108, 120.1 del CC ; art.49 LRC y art. 188 del RRC.

3.2.- FIVTE con donante de gametos:

Es aquella en que la fecundación <in vitro> se realiza con el óvulo de la mujer de la pareja y con semen de un donante, siendo el embrión

transferido a la mujer para que lleve a cabo la gestación. Hay identidad entre la maternidad genética y la de gestación y se plantea el problema de la doble paternidad: la biológica, determinada por la procedencia de los gametos, que corresponde al donante, y la derivada de la relación matrimonial o more uxorio.

Cuando se practica una FIVTE con donante, la elección de éste es responsabilidad del equipo médico que la realiza. El equipo médico "deberá garantizar que el donante tenga la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar" señala el art. 6.5 de la LTRA. Tanto los requisitos como la problemática del donante fueron analizados en el capítulo III de este trabajo. En este capítulo me circunscribiré exclusivamente a la filiación de los hijos cuando hay donante.

Requisitos para realizar una FIVTE con donante:

- la mujer deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar (art. 6.1 LTRA)
- consentimiento de la mujer, otorgado "de manera libre, consciente, expresa y por escrito" para la realización de la FIVTE
- consentimiento del marido o varón de la pareja, otorgado antes de la realización de la FIVTE, reuniendo los requisitos de "expresión libre, consciente y formal" (art. 6.4 LTRA)

- existencia de un donante, que entregará sus gametos a un Centro autorizado, sin conocer a la mujer que será la receptora.

Hay casi unanimidad en los Informes extranjeros en considerar al marido o compañero de la mujer que dió su consentimiento, para que se le practicara la FIVTE, como padre legal del niño y al donante liberarlo de todas las responsabilidades que son inherentes a la paternidad.

El Informe Warnock en sus recomendaciones 50, 51, 52 y 53 señala que:

"Los niños nacidos por AID deben ser contemplados por la ley como hijos legítimos de sus madres y de los maridos de éstas, cuando ambos hayan dado su consentimiento al tratamiento".

Recomendación Nº 51: "Debe modificarse la ley de manera que el donante de semen carezca de derechos y deberes paternales respecto al hijo".

Recomendación Nº 52: "Siguiendo a la Comisión Inglesa de Derecho, debe presumirse que el marido ha consentido a la IAD, salvo prueba en contrario".

Recomendación Nº 53: "La ley debe ser modificada en el sentido de permitir que el marido sea registrado como padre".

El Informe del CAHGE en su art.9º señala que: "Cuando la procreación artificial haya sido llevada a cabo en conformidad con esta Recomendación, el niño será considerado por la ley como el hijo de la mujer que le hubiere dado a luz. Si la mujer estuviese casada, el cónyuge estará considerado como el padre legítimo, y si se hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarse la legitimidad del niño por el solo hecho de la procreación artificial. En el caso de la pareja no casada, el compañero de la mujer que hubiese consentido no se le permitirá oponerse a la institución de los derechos y deberes paternod en relción con el niño, a no ser que pruebe que el niño no nació como resultado de la procreación artificial".

Por su parte, el CAHBI establece en su Principio 16.1 que el marido que ha consentido una donación será el padre legítimo . También indica, en el apartado 2, que el compañero que ha consentido no podrá oponerse al establecimiento de relaciones parentales con el hijo, a menos que pruebe que el niño no nació como resultado de la procreación artificial.

En la legislación promulgada para todo el territorio australiano, Family Act Amendment de 1983, en la sección 52, se considera como hijos propios del matrimonio a los procreados por la mujer mediante un procedimiento médico en que ha dado su consentimiento el marido.

Las Propositiones de Ley presentadas al Parlamento italiano coinciden en considerar como hijo del marido o varón de la pareja al niño que nace producto de un donación, siempre que el marido o varón de la pareja haya consentido previamente la fecundación asistida de su cónyuge o mujer.

Por su parte, el Informe del Congreso de los Diputados español dice que: "El niño nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo ha gestado y del varón de la pareja que constituye, siempre que ambos lo hubieran acordado y aceptado previamente en un documento fehaciente" (Recom. Nº 107).

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista al Congreso, en su art. 6.3 indicaba que: "El matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas de Reproducción Asistida, con colaboración de donantes o sin ella, serán los padres legales del hijo o hijos así nacidos, siempre que hayan dado su consentimiento previo y fehaciente una vez conocidos todos los términos de la utilización de las técnicas a que hace referencia este Anteproyecto de Ley o las normas que lo desarrollen". Este artículo fue suprimido en el trámite en el Senado y la LTRA no establece de manera directa la filiación del hijo que nace de una FIVTE con donante.

a) Cuando la pareja está casada y se le practica a la mujer una FIVTE con donante, con previo y expreso consentimiento de ambos cónyuges, la filiación del hijo podremos determinarla en base a los arts. 7.1, 7.2, 8.1 y 5.5 de la LTRA y al art. 116 del CC.

Dice el art. 7.1 de la LTRA: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes a salvo las especialidades contenidas en este artículo".

Art. 7.2 de la LTRA: "En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación".

El art.116 del CC establece que: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trecientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

Art. 8.1 de la LTRA: "Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán

impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación".

Art.5.5 de la LTRA: "La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes"

Cuando la mujer y el marido han otorgado previamente el consentimiento para que se practique la FIVTE con donante, el hijo será matrimonial de los cónyuges por haber nacido durante el matrimonio (arts. 108 y 116 del CC). El marido no podrá destruir la presunción del art. 116, en cuanto no puede impugnar la filiación matrimonial de acuerdo al art. 8.1 de la LTRA. La filiación matrimonial se inscribirá en el Registro Civil junto a la del matrimonio de sus padres, según lo prescrito en los arts. 48 de LRC y 181 y 183 del RRC.

Para LACRUZ, el consentimiento que presta el marido para que se realice la FIVTE con donante a su cónyuge supone la aceptación de un vínculo paterno-filial, fundado sobre el matrimonio con la madre y la asunción de responsabilidad correspondiente frente al hijo (63). En la misma línea LLEDO, quien considera que el consentimiento que otorga el marido para que se practique una FIVTE significa "una asunción ex-voluntate, de la atribución del rol de padre por parte del marido" (64).

Al mismo tiempo, que el marido asume el papel de padre del hijo, el donante que aportó sus gametos no tiene ningún derecho ni obligación frente al niño que nace. Para que no surja ninguna relación entre hijo y donante se recurre a la

donación secreta, no pudiendo revelarse el nombre del donante. Si por razones excepcionales se revelara el nombre del donante al hijo o a sus representantes (art. 5.5 de la LTRA), el art. 8.3 señala que: "la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que procede con arreglo al art.5 apartado 5 no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación".

- Si la FIVTE se produjo antes de la celebración del matrimonio y el niño nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el hijo será matrimonial, sin que el padre pueda destruir la presunción establecida en el art.117 del CC, porque el consentimiento que otorgó para la realización de la FIVTE con donante a su cónyuge supone el conocimiento del embarazo y, al mismo tiempo, impide la posibilidad de impugnar la paternidad de acuerdo al art. 8.1 de la LTRA.

- Si la FIVTE se realizó estando separados legalmente los cónyuges y el parto tiene lugar cuando han transcurrido los trescientos días siguientes a la separación y el marido dió su consentimiento para que se le practicara, el hijo será matrimonial, aplicando los arts. 7.1 de la LTRA y el art.118 del CC que señala: "aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación matrimonial si concurre el consentimiento de ambos". Además, dicha filiación no podrá impugnarse por el marido, de acuerdo al art. 8.1 de la LTRA que indica que no podrá

impugnarse la filiación con contribución de donante, cuando se haya prestado el consentimiento previa y expresamente.

b) En el caso en que la pareja no esté casada y se le practique a la mujer una FIVTE con donante, con previo y expreso consentimiento, tanto de ella como del varón de la pareja, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida -a diferencia de lo que establecía la Proposición de Ley del Grupo Socialista- no regula directamente la filiación de los hijos. Esta debe inferirse de los arts. 6.4 y 8.2 de la LTRA, que señalan que el consentimiento otorgado por el varón de la pareja actúa a modo de reconocimiento anticipado del hijo (esto ya fue analizado al referirme a la filiación de los hijos de pareja more uxorio con gametos de la pareja). En este sentido, el art. 8.2 considera el consentimiento otorgado para la realización de la FIVTE como escrito indubitado a los efectos del art. 49.1 de la LRC, que regula el reconocimiento del hijo mediante expediente gubernativo. Por tanto, los padres podrán reconocer al hijo sea de acuerdo a lo establecido en los arts. 120 y siguientes o recurriendo al art. 49 de la LRC.

En consecuencia, la filiación del hijo como no matrimonial de la pareja quedará determinada mediante la inscripción en el Registro Civil, basada en el reconocimiento de la madre y del compañero de ésta en el momento del nacimiento, de acuerdo a los arts. 120.1 del CC y 49 de la LRC; 181 y 186 del RRC o por expediente gubernativo: arts. 6.4 y 8.2 de la LTRA; art. 120.2 del CC, art. 49.1 LRC y 189 del RRC.

c) Cuando a la mujer que se le practica una FIVTE con donante es sola: La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no regula la filiación de los hijos nacidos por las técnicas de fecundación asistida, cuando se trata de mujer sola. Solamente se refiere a ella cuando regula quienes pueden ser usuarias de las técnicas. Dice el art. 6.1 que "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito...".

Por su parte, el Informe del Congreso de los Diputados no se refirió específicamente a la filiación de los hijos de mujer sola y no elaboró ninguna recomendación al respecto. La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados, en su Disposición Adicional Primera, número 4, decía: "Los hijos nacidos de mujer sola por estas técnicas serán registrados como sin padre, sin hacer ninguna referencia a su origen biológico". Esta Disposición tuvo varias enmiendas que pretendían su supresión por no estar de acuerdo con la aplicación de estas técnicas en la mujer sola. Todas fueron desestimadas, salvo la enmienda Nº 382 presentada por el Grupo Socialista, que también pedía la supresión del precepto, pero para evitar la duplicidad con el art. 8.2. El Informe de la Ponencia aceptó esta enmienda, quedando redactado el art. 8.2 de la siguiente manera: "En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que

pueda inferirse el carácter de la generación". En la tramitación en el Senado, este precepto pasó a ser el art. 7.2 , que es la ubicación que ocupa en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

En consecuencia, para determinar la filiación de los hijos nacidos de mujer sola con donante nos remitiremos a los arts. 7.1, 7.2 de la LTRA; art. 120.4 del CC; art.47 de la LRC y art. 182 del RRC.

De acuerdo, a lo establecido en el art. 7.1 de la LTRA aplicaremos las normas establecidas en el Código Civil sobre filiación. Por tanto, la criatura que nazca producto de una FIVTE con donante deberá ser registrada como hijo no matrimonial y sin padre de la mujer que da a luz. Además, como señala el art. 7.2 de la LTRA no se reflejarán los datos de los que pueda inferirse la forma de generación por FIVTE con donante.

Cabe preguntarse, si este hijo no se encuentra discriminado -de acuerdo al art. 14 de la CE- frente al hijo que nace de una fecundación natural sin padre. Este último tiene la posibilidad de investigar quien es su padre y exigirle las obligaciones inherentes a la paternidad. En cambio, el hijo que nace de una FIVTE de mujer sola con donante, no puede saber quién es su padre, porque el donante es anónimo y si llegara a conocer su identidad por las razones establecidas en el art.5.5 de la LTRA, ello no significaría, en ningún caso, determinación legal de la filiación (art.8.3 de la LTRA).

Al respecto, DELGADO ECHEVERRIA opinaba -cuando se discutía la Proposición de Ley- que no encontraba razón jurídica que pudiera justificar la negación de la posibilidad de investigación de la paternidad. "Que lo hiciera la Ley como se ha propugnado, sería probablemente contrario a la Constitución (y aun sin ello, me parecería puramente arbitrario e inhumano), pues el precepto constitucional parece garantizar a todo nacido la posibilidad de tratar de encontrar una madre y un padre que pueda considerar 'suyos' (biológicos o no)" (65).

3.3.- FIVTE con gametos del marido o varón de la pareja y donación de óvulos:

Es aquella en que la fecundación <in vitro> se realiza con semen del marido o varón de la pareja y con donación de óvulo, siendo transferido el embrión resultante a la mujer para que lleve a cabo la gestación. Existe coincidencia entre paternidad genética y legal y una disociación entre la maternidad genética y la de gestación.

Los Informes extranjeros coinciden en considerar madre a la que da a luz a la criatura. Así, el Informe Warnock en su recomendación 54 establece: "La legislación debe disponer que cuando nazca un niño de una mujer como resultado de una donación de óvulo de otra, la mujer que dé a luz debe ser considerada a todos los efectos por la ley como madre de ese niño; y la donante del óvulo no debe ostentar derecho ni obligación alguna en relación con ese niño".

El Informe del CAHGE en su recomendación Nº9 señala que:
 "Cuando la procreación artificial haya sido llevada a cabo en conformidad con esta Recomendación, el niño será considerado por la Ley como el hijo de la mujer que le hubiese dado a luz...".

Por su parte, el Informe del CAHBI en su Principio Nº 15 dice: "En caso de procreación artificial con gametos de donantes la mujer que da a luz es considerada como madre".

El Informe del Congreso de los Diputados en sus recomendaciones 100 y 107 establece que:

"Deberá regularse que el matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realice una AID o una FIV con semen, óvulos o embriones de donantes - previa y fehacientemente consentida por ambos miembros de aquel vínculo- serán los padres legales del o de los hijos que nazcan".

Recomendación Nº 107: "El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo ha gestado y del varón de la pareja que constituye, siempre que ambos lo hubieran acordado y aceptado previamente en un documento fehaciente".

La Proposición de Ley del Grupo Socialista se basó en estas recomendaciones al redactar el art. 8.3 de la Proposición:
 "El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo gestó y del varón con el que ésta constituye matrimonio o pareja estable, siempre que éstos lo hayan aceptado previamente en los términos de este Anteproyecto de Ley".
 En la tramitación en el Senado, este art. 8.3 fue suprimido y la Ley aprobada sobre Técnicas de Reproducción Asistida no contempla en forma específica la donación de óvulos. Se

refiere a ella indirectamente cuando regula la maternidad subrogada, al establecer en el art. 10.2 : "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto".

Además, el art. 7.1 de la LTRA nos indica que: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo las especialidades contenidas en este capítulo". Por tanto, se nos está remitiendo a los arts. 135 y 139 del CC de donde se infiere que la maternidad se determina por el parto. Es madre, según la ley española, la mujer que gesta y pare el hijo.

En consecuencia, si la mujer a la que se le practica la FIVTE con donación de óvulo esta casada, el hijo será matrimonial si tanto el marido como la mujer otorgaron su consentimiento de "manera libre, consciente, expresa y por escrito", de acuerdo a lo prescrito en los arts. 6.1, 6.3, 8.1 de la LTRA; arts 108 y 115 del CC.

La legislación del Registro Civil exige para inscribir la filiación materna que se compruebe el parto, tanto en la inscripción del nacimiento dentro del plazo como, en la medida posible, en la que se realiza fuera de plazo, según los arts. 44, 47, 49 circunstancia 3ª de la LRC ; arts. 167, 168, 181 y 315 del RRC.

Por tanto, la maternidad debe presumirse por el hecho del parto. Esta queda determinada desde el momento del

nacimiento de la criatura. Madre es la mujer que dió a luz con independencia del elemento genético.

3.4.- FIVTE con donación de embrión:

Es aquella en que a la mujer se le implanta un embrión donado, para que lleve a cabo la gestación. No hay paternidad ni maternidad genética, sólo hay maternidad de gestación.

Al respecto, el Informe Warnock en su recomendación Nº 56 señala que : "La legislación propuesta debe aplicarse también a los niños nacidos como resultado de la donación de embriones. Es decir, que deben ser considerados como hijos legítimos de la mujer que los parió y del marido de ésta, cuando ambos hayan prestado consentimiento a la FIVTE con donación de embriones".

El Informe o Proyecto Preliminar del CAHGE y la Ley alemana sobre Embriones e Ingeniería genética prohíben la donación de embriones y los Principios del CAHBI sólo la aceptan en casos extraordinarios y manteniendo los principios de que la maternidad se determina por el parto y el anonimato del donante.

El Informe del Congreso español se refirió a la donación de embriones y a la filiación de los hijos que nacen por ella en las recomendaciones 50, 100 y 102.

Recomendación Nº50: "Los donantes de gametos y embriones , en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las

responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad".

Recomendación N°100: "Deberá regularse que el matrimonio o pareja estable a cuya mujer se le realice una IAD, o una FIV con semen, óvulos o embriones de donantes -previa y fehacientemente consentida por ambos miembros de aquel vínculo- serán los padres legales del o de los hijos que nazcan".

Recomendación N°102: "Cuando se hayan donado embriones de una pareja previamente fallecida, la pareja receptora serán los padres legales, y sus hijos serán sus herederos (y no de los donantes), siempre que la pareja receptora haya dado su consentimiento expreso y escrito".

La Proposición de Ley del Grupo Socialista no se refería directamente a la donación de embriones. Decía el art. 7.3: "El matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas de Reproducción Asistida, con colaboración de donantes o sin ella, serán los padres legales del hijo o hijos así nacidos, siempre que hayan dado su consentimiento previo y fehaciente una vez conocidos todos los términos de la utilización de las técnicas a que hace referencia este Anteproyecto de Ley". Este artículo fue eliminado en la tramitación de la Proposición en el Senado y la Ley aprobada sobre Técnicas de Reproducción Asistida tampoco se refiere en forma específica a la filiación en el caso de donación de embriones. Sin embargo, de los arts. 6.1, 6.3, 6.4, 7.1, 8.1, 8.2 de la LTRA; arts. 108, 113, 115, 116 del CC; arts. 48 y 49 de la LRC; arts. 181, 183 y 188 del RRC, podemos inferir que si la mujer esta casada el hijo será matrimonial y si la mujer no está casada el hijo será no matrimonial. La paternidad quedará determinada por el consentimiento otorgado por el marido "de manera libre, consciente, expresa y por escrito" (art.6.3 de la LTRA)

para que a su cónyuge se le practique una FIVTE con donación de embriones y por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, junto con la del matrimonio de los padres (arts. 6.3, 7.1, 8.1 LTRA; arts. 108, 115.1 y 116 del CC; art. 48 LRC y arts. 181 y 184 del RRC). La maternidad quedará determinada, según la LTRA, por el consentimiento de la mujer otorgado "de manera libre, consciente, expresa y por escrito" para que se le practique una FIVTE con donación de embriones y por el parto (arts. 6.1, 7.1, 8.1 de la LTRA y arts. 108, 115.1, 135 y 139 del CC).

Por tanto, la determinación de la filiación matrimonial deberá reunir los siguientes requisitos:

- existencia de un matrimonio
- consentimiento del marido y de la mujer otorgado "de manera libre, consciente, expresa y por escrito" para que se practique una FIVTE con donación de embriones
- parto de la mujer

Si la mujer forma pareja estable no matrimonial, la paternidad quedará determinada por el consentimiento otorgado por el varón de la pareja para que se practique una FIVTE con donación de embriones a la mujer. Este consentimiento deberá reunir los "requisitos de expresión libre, consciente y formal" (art.6.4 LTRA). También deberá concurrir la inscripción de la filiación no matrimonial de acuerdo a los arts.120 del CC o 49.1 de la LRC y 188 RRC. En cuanto a la maternidad, quedará determinada por el consentimiento de la mujer otorgado "de manera libre,

consciente, expresa y por escrito" y por el parto (arts.6.1, 10.2 LTRA y art. 139 del CC).

Por tanto, la determinación de la filiación no matrimonial del hijo deberá reunir los siguientes requisitos:

- consentimiento del varón de la pareja (que deberá reunir los requisitos de expresión libre, consciente y formal) para que se practique a la mujer de la pareja una FIVTE con donación de embriones (arts. 6.4 y 8.2 LTRA)
- consentimiento de la mujer otorgado "de manera libre, consciente, expresa y por escrito para que se practique una FIVTE con donación de embriones
- parto de la mujer

4.- LIMITES AL PRINCIPIO DE LA VERDAD BIOLOGICA EN LA DETERMINACION DE LA FILIACION CUANDO EL NACIMIENTO SE HA PRODUCIDO POR FIVTE:

El tema de la investigación de la paternidad ha producido en todas las épocas grandes controversias. Este principio tiene un doble aspecto: de una parte, permite al marido impugnar o desconocer su propia paternidad en relación con la criatura que nace y, de otra parte, permite al hijo impugnar su propia filiación paterna. Además, posibilita a la mujer soltera reclamar los deberes de la paternidad del hombre que es padre de su hijo.

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si, cuando se ha determinado la filiación de un niño nacido como consecuencia de una FIVTE -con donación de gametos o

embriones- tiene éste derecho a investigar quien fue su padre o madre genética y a exigir una relación paterno-materno/filial, con los derechos y obligaciones que esto lleva consigo.

La investigación de la paternidad esta regulada en la mayoría de los países, pero con distintos criterios. Alemania, Portugal e Italia la regulan en forma permisiva; Suiza y Francia, con mayores restricciones (66). Por su parte, la Constitución española de 1978, en su art. 39.2 último inciso, prescribe: "La Ley posibilitará la investigación de la paternidad". Este principio constitucional ha sido desarrollado por la Ley de 13 de mayo de 1981, que establece en el art. 127 del CC: "en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas".

Para RIVERO HERNANDEZ, en el art. 127.1 del CC "se hace una declaración de principios, más que crear una verdadera acción de investigación de la paternidad/maternidad como la terminología al uso y los precedentes en nuestro Derecho podrían hacer pensar". En su opinión, "ese enunciado supone la consagración en nuestro ordenamiento de la nueva vocación del mismo por la búsqueda de la paternidad real y la verdad biológica hasta donde ella sea posible y asequible" (...) "la posible adecuación de la filiación jurídica a la biológica (lo que puede llamarse principio de veracidad en materia de filiación) (...) no quiere decir

que el principio ni esa veracidad sean absolutos (...) pues es evidente que la categoría jurídica que llamamos filiación, es algo más rico y complejo que el dato biológico" (67).

De otra parte, la institución de la investigación de la paternidad tiene su base y fundamento en la identidad tradicionalmente establecida en el Derecho de Familia entre padre genético y padre legal pero, a partir del momento que esa identidad se rompe en virtud de las nuevas técnicas, queda totalmente desnaturalizada dicha institución. Con las nuevas técnicas, "la paternidad legal no es una cuestión de génesis sino de acogimiento" (68).

El Constituyente, al establecer el derecho a la investigación de la paternidad, pensó únicamente en la fecundación a través de relaciones sexuales y no tuvo en cuenta las nuevas técnicas de reproducción asistida. Lo esencial, en el derecho a la investigación de la paternidad, es exigir al padre el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad, en el supuesto que éste se desligue de ellos. En este contexto, la investigación de la paternidad sería una medida instrumental dirigida a la protección del niño y a su legítima reclamación de responsabilidad y tutela de sus padres. Pero, en la FIVTE con donante, "el progenitor por propio imperativo del sistema queda excluido desde un principio de todos sus derechos de paternidad" (69) y, por tanto, queda exonerado de sus obligaciones porque hay otra persona -"el padre

legal"- que asume las responsabilidades propias de la paternidad, desde el momento que otorga su consentimiento a la práctica de esta técnica.

Para LACRUZ, el establecimiento de la investigación de la paternidad se ha hecho pensando en la cópula carnal y no en otras posibilidades de generación. Se pregunta este autor si podríamos pensar que se puede extender la idea del legislador a la fecundación artificial, con semen de persona desconocida, para que haya una suerte de responsabilidad por lo que podría llamarse "titularidad de gametos". Responde LACRUZ, diciendo que dadas "la falta de elección de pareja por parte de la mujer y más singularmente por parte del donante, y teniendo en cuenta la inoperancia de la voluntad de éste, resultaría absurdo cargarle con las consecuencias de la paternidad" (70).

HERNANDEZ coincide con LACRUZ señalando que no cree "que el no permitir en la fecundación asistida la investigación de la paternidad sea inconstitucional porque a todo principio se puede hacer excepciones pudiendo ser ésta una de ellas. Además, los motivos que impulsan a una persona a la investigación aquí no se dan. A priori ya se conoce que no concuerda, uno de los padres legales, la paternidad-maternidad legal con la genética, al haber consentido de forma libre y voluntaria a la aplicación de esta técnica y asumir las consecuencias legales que se derivan de la misma, sin olvidar que el donante es anónimo y no tiene ninguna relación jurídica con el niño" (71).

Al respecto, BERCOVITZ considera que ni el art. 39.2 de la CE ni el art. 127.1 del CC establecen la investigación de la paternidad pensando en los donantes que posibilitan las técnicas de fecundación asistida. Existe base suficiente para defender que la interpretación de dichos conceptos queda limitada a la investigación en la fecundación natural. Ello significaría que nuestra sociedad da una valoración distinta a la fecundación basada en la donación de gametos por un extraño a persona indeterminada (72).

LLEDO es tajante en cuanto a negar la posibilidad de investigar la paternidad, sosteniendo que debería prevalecer siempre la imposibilidad de la investigación de la paternidad, basándose en la conveniencia del mantenimiento de la verdad formal tanto para los padres formales como para el hijo. En opinión de este autor, el interés prevalente es el del mantenimiento de la relación jurídica familiar en la que se integra el hijo, de suerte que el derecho debe amparar esta situación jurídica impidiendo el ejercicio abusivo y hasta, incluso, extemporáneo de acciones, por quienes sólo pretendieran poner de manifiesto la no coincidencia de la verdad formal con la biológica real. La Ley debe amparar, proteger y tutelar al que ética y socialmente se ha comportado como padre -aunque biológica o genéticamente no fuera progenitor- en las relaciones de estado familiar (73).

Disiente totalmente de estos planteamientos SANCHO REBULLIDA, quien considera que de acuerdo a la Constitución "no se puede negar la investigación de la paternidad genética cuando existe otra paternidad legal como tampoco se le puede negar al hijo de padres desconocidos que haya sido adoptado en adopción plena. Otra cosa es que los progenitores carezcan de derecho de herencia en el procreado y que la patria potestad sobre éste competa a los padres legales como en la adopción" (74).

Comparto la posición de RIVERO HERNANDEZ para quién "el nacido por estas técnicas tiene derecho a conocer su origen biológico, derecho inalienable e innegable y uno de los derechos fundamentales de la persona que protege el art. 10.1 de la Constitución española. El que ese derecho no se halle tipificado ni regulado por la ley ordinaria (pues las reglas de los arts. 127 del CC y sgtes no son aplicables en forma directa, ni tampoco por analogía) no permite negar su viabilidad procesal si puede considerarse incluido en él y protegido por el mero precepto constitucional. Pero, este conocimiento no significa ninguna relación jurídica con el donante" (75).

Las recomendaciones del Informe del Congreso español fueron contradictorias. De una parte, permitían la investigación de la paternidad y, de otra, no otorgaban consecuencias legales para el donante.

Así, la Recomendación Nº 49 decía que: "Los donantes de gametos y embriones deberán ser advertidos de la posibilidad de que él o los hijos nacidos de su donación deseen ampararse

en la Constitución y en las leyes para intentar recabar la investigación de la paternidad".

Recomendación N^o 53: "Se prohibirá desvelar la identidad de los donantes de gametos o embriones, y de los receptores".

Recomendación N^o 112: "Debería establecerse legalmente si los hijos nacidos de donantes pueden recurrir al amparo constitucional y a las leyes para recabar la investigación de la paternidad".

Por su parte, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista al Congreso de los Diputados se refería indirectamente a la investigación de la paternidad en los arts. 5.3 y 8.5 de la Proposición.

Decía el art. 5.3: "Los donantes en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a la paternidad o maternidad resultante de la donación, siendo ésta inoperante a efectos jurídicos".

Art.8.5 "Los nacidos con la contribución de donantes, tendrán derecho, llegada la mayoría de edad, a conocer las características generales de los donantes, pero no su identidad".

En la tramitación de la Proposición, ambos artículos fueron suprimidos y la Ley aprobada sobre Técnicas de Reproducción Asistida tampoco se refiere a la investigación de la paternidad en forma directa, pero de los arts. 5.5, 8.3 y 20.2 b)) de esta Ley podemos inferir que la prohíbe.

El art.8.3 prescribe: "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al art.5^o apartado 5, de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación".

Art.5.5 : "La donación será anónima custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho por si o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 89 apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad del donante".

Art. 20.2.b) Son infracciones muy graves:

(...)

j) Desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos en la presente Ley.

Para PANTALEON, el art. 5.5 es inconstitucional porque vulnera el art. 39.2 de la CE, que prescribe que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad consagrando así, claramente, el derecho de toda persona a conocer su origen genético. En cuanto a los que consideran que cuando este precepto se redactó, el legislador no tenía en mente las técnicas de reproducción asistida, PANTALEON responde que "con el art. 14 CE en la mano tenga a bien indicarle que razón justifica razonablemente que carezca de tal derecho el nacido a consecuencia de una fecundación artificial con semen de donantes, cuando sin duda alguna lo tienen todos los hijos no matrimoniales concebidos de manera natural: también los adulterinos, aunque el marido hubiera consentido el adulterio de su mujer y decidido aceptar al hijo como suyo" (76). Este autor se declara partidario de establecer que "la determinación de la paternidad del donante a instancia del hijo no servirá para generar derechos o deberes de ninguna clase" (77).

Por su parte, el Partido Popular presentó ante el Tribunal Constitucional un Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en el que consideró que entre los artículos que vulnera esta Ley se encuentra el art.39.2 de la CE que establece la investigación de la paternidad. Señala, en este Recurso, que la investigación de la paternidad aparece como una conquista constitucional, que garantiza el derecho de todo hijo a conocer la persona de su padre. Por tanto, con la ocultación del padre como se pretende en esta Ley, se infringe esta garantía constitucional.

Agrega que "los futuros padres asumen desde el momento de la concepción obligaciones respecto del nasciturus y del hijo ya nacido, correspondiente con unos derechos de este último: en expectativa o situación de dependencia durante la gestación; derechos que desaparecen respecto del hijo si se le veda el conocimiento de quien sea su padre" (...) "Privar al hijo del conocimiento de la otra parte de la relación paterno-filial, en este caso, el padre, y liberar a éste de las obligaciones que demanan de su paternidad biológica constituye una clara infracción de la garantía constitucional".

Podemos concluir afirmando que la investigación de la paternidad tiene su base y fundamento en la identidad entre padre genético y padre legal. Este principio fue establecido en la Constitución para la fecundación natural;

es decir, para la fecundación que se lleva a cabo a través de relaciones sexuales.

Lo esencial del derecho a la investigación de la paternidad es exigir el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad, cuando el padre se ha desligado de ellos. Por tanto, es una medida instrumental dirigida a la protección del niño y a su legítima reclamación de responsabilidad del padre. Pero, con las técnicas de reproducción asistida se rompe este esquema, no siendo aplicable el art. 39.2, porque en este caso existe un padre que, desde el momento de la concepción del niño, asume los derechos y obligaciones de padre aunque no lo sea biológicamente. El objetivo de la Ley de proteger al niño está cumplido.

Otra cosa distinta es que el hijo tenga la posibilidad, llegado a la mayoría de edad, de saber quién es su padre, pues eso constituye un derecho fundamental establecido en el art.10.1 de la CE. Pero, este conocimiento no debe implicar el establecimiento de ninguna relación paterno-filial. Este aspecto del problema fue analizado en el capítulo III de este trabajo.

En relación a la investigación de la maternidad en el caso de una donación de óvulos o de embrión, ella no procede porque tanto el art. 135 del CC como el art. 10.2 de LTRA establecen que la maternidad se determina por el hecho del parto. Madre es la mujer que dió a luz a la criatura.

5.- ACCIONES DE FILIACION:

Las acciones de filiación pueden verse como otro medio de determinar la paternidad y maternidad a través de un proceso judicial, permitiendo su investigación y la utilización de toda clase de pruebas.

Tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial pueden determinarse por sentencia firme, a través de la acción de reclamación o destruyendo la ya determinada por el ejercicio de impugnación. CICU decía que acción de estado "es la que implica controversia respecto del estado de la persona" (78).

Las acciones de filiación se han presentado siempre como acciones de estado. Es decir, son acciones irrenunciables y no susceptibles de transacción. No hay una entera disponibilidad de estas acciones por parte del eventual interesado en el establecimiento de la reclamación o en la impugnación de la filiación (79). Pero, como señala DELGADO ECHEVERRIA, "en general, el Ordenamiento atribuye a los particulares interesados las acciones de impugnación y reclamación de la filiación como expresión de derechos subjetivos que pueden ejercitarse si quieren, de acuerdo con sus intereses (...) a través del ejercicio de las acciones de filiación o de abstención de las mismas, queda en amplia medida a la voluntad de los particulares" (80).

La regulación de las acciones de filiación, desde un punto de vista jurídico, representa la conjunción de dos fuerzas:

de una parte, el derecho a la obtención y a la difusión de la verdad y de otra, la preservación de la paz familiar y, por consiguiente, la limitación de los conflictos que puedan alterarla (81). Pero, este principio de difusión de la verdad o verdad biológica "no alcanza a tener categoría de imperativo absoluto o unívoco" (82). Ello, no sólo como consecuencia de las propias limitaciones que establece la legislación civil en este sentido -fijación de plazos de rápida caducidad, limitación para el ejercicio de las acciones de filiación- o porque en ciertos casos se consagra como verdadera e incontestable la filiación fundada en lazos estrictamente jurídicos sin base genética alguna, como es la adoptiva, sino debido particularmente a las nuevas técnicas de fecundación asistida que no responden a las leyes naturales de la procreación sino que obedecen tanto en su instrumentalización como en su finalidad, exclusivamente a los mandatos de la voluntad humana, que actúa como factor único y determinante de las mismas (83).

a) El consentimiento como limitante de las acciones de filiación:

Tanto las acciones de reclamación como las de impugnación sufren restricciones o prohibiciones con las nuevas técnicas de reproducción asistida; estas limitaciones se establecen sobre la base del consentimiento prestado para la realización de ellas. Por tanto, el consentimiento cuando hay fecundación asistida no sólo constituye un requisito esencial para que nazcan las

relaciones paterno/materno/filiales, sino que a su vez constituyen una limitante para las acciones de filiación. Las limitaciones a las acciones de filiación, según se haya prestado o no consentimiento para la realización de las técnicas de reproducción asistida, revisten distintas respuestas en los Ordenamientos e Informes extranjeros que han tratado estos supuestos. En Suiza, el art.256 del C.Civil impide al marido intentar la acción de impugnación si ha consentido la concepción por obra de un tercero. La Ley suiza no se ha pronunciado sobre si la concepción es fruto de una cohabitación o de una fecundación asistida con donante.

Situación similar presenta el Código Civil holandés que, en su art. 201.1, dice que no habrá lugar a la acción de impugnación si el marido dió su consentimiento a un acto que pudo tener por consecuencia la concepción de un hijo.

En las Propositiones de Ley italianas correspondientes al Grupo Liberal y Radical se establece que no será posible la acción de impugnación de la paternidad si previamente se prestó su consentimiento (84).

El Anteproyecto o Informe del CAHGE, en su recomendación Nº 9, señala que cuando la procreación artificial haya sido llevada a cabo de conformidad con esta Recomendación "y si (el marido) hubiera dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarse la legitimidad del niño por el solo hecho de la procreación artificial".

En el caso de la pareja no casada, al compañero de la mujer que hubiese consentido no se le permitirá oponerse a la institución de los derechos y deberes paternos en relación con el niño, a no ser que pruebe que el niño no nació como resultado de la procreación artificial.

El Informe del CAHBI, en su Principio Provisional 16.1 establece dos supuestos:

- a) Si la mujer esta casada: el marido que ha consentido será considerado el padre legítimo y ni él ni nadie podrá impugnar la paternidad sobre la base de la procreación artificial.
- b) Si la mujer no esta casada: el compañero que ha consentido no podrá oponerse al establecimiento de relaciones parentales con el hijo, a no ser que se pruebe que el niño no nació como resultado de la procreación artificial.

Por su parte, el Informe del Congreso de los Diputados español en su recomendación Nº 108 señaló que: "Debería prohibirse cualquier acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer, previa y expresamente por escrito".

La Proposición de Ley del Grupo Socialista presentada al Congreso de los Diputados en su art. 8.4 establece que: "No se deberá ejercer acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la

mujer correspondiente, previamente y por escrito y si tal consentimiento no ha sido defraudado sustancialmente".

En la tramitación de la Proposición en el Congreso de los Diputados, el Informe de la Ponencia, por enmienda Nº 369 del Partido Socialista incluyó un nuevo art. 7.5 que decía: "Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento previa y expresamente a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del nacido por consecuencia de tal fecundación".

En el trámite de la Proposición en el Senado, el art. 8.4 fue eliminado y el art. 7.5 pasó a ser el art. 8.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción asistida.

b) Acción de Impugnación:

Es aquella que tiene por objeto atacar y dejar sin efecto la situación creada por un título de atribución meramente putativo; en otras palabras, por un modo de determinación legal que tenga todavía carácter provisional (85).

El principio en que se fundan las acciones de filiación por naturaleza, es que el padre legal debe coincidir con el padre genético o biológico y que la relación que proclama el Registro Civil debe ser la relación biológica, pues de lo contrario prospera la acción de impugnación. En cambio, en la filiación por fecundación asistida se parte del principio que el padre legal no es el padre genético, porque se basa en una relación social, no biológica. Por

tanto, esta falta de consanguinidad no da lugar a la acción de impugnación (86).

De otra parte, la posesión de estado en la filiación natural contribuye a cerrar las posibilidades de entablar la acción de impugnación de la paternidad.

Al respecto, el Informe del Congreso de los Diputados español señala que de la posesión de estado debería hacerse depender las acciones de filiación e incluirse en el nuevo planteamiento de las nuevas técnicas de procreación, que resultarían decisivas a la hora de examinar la paternidad/maternidad jurídica versus la paternidad genética; de tal manera, el comportamiento derivado de hechos concluyentes en los padres formales debe reflejarse en el ordenamiento jurídico respetando la legitimidad del hijo y la legitimidad de los padres, aunque haya intervenido donante de gametos (87).

Al respecto, LLEDO considera que el papel de la paternidad asumida "ex voluntate" por los padres formales está reforzada por la posesión de estado y debe imposibilitarse cualquier acción de impugnación ante una situación consolidada en la relación familiar en que se haya integrado el hijo (88).

Por su parte, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no hace mención alguna acerca de la posesión de estado; establece como limitante a las acciones de impugnación el consentimiento previo a la práctica de estas

técnicas. Quien otorgó su consentimiento para que a su cónyuge o mujer se le realice una FIVTE con donante, no podrá impugnar la filiación del hijo, en base a no ser el padre biológico. Sería ir contra la doctrina de los propios actos (89).

En la doctrina, HERNANDEZ, RIVERO y DELGADO coinciden en prohibir la acción de impugnación de la filiación cuando se haya prestado previamente consentimiento a la realización de una fecundación asistida.

Así, HERNANDEZ considera que "el marido o compañero no puede ejercitar esta acción siempre que haya prestado el consentimiento con los requisitos exigidos para ello, porque con la acción de impugnación lo que se pretende probar es la no paternidad genética" . Entre las razones para negar esta acción se encuentran, según esta autora, "que no media ningún engaño por parte de la mujer; se va contra la doctrina de los propios actos y se destruiría una posesión de estado" (90).

DELGADO considera que la acción de impugnación debería negarse al marido que consintió la fecundación artificial, aun cuando ésta no se haya producido de acuerdo con lo que él denomina "condiciones de su consentimiento", las cuales ejemplifica señalando que "por ejemplo, el hijo no se le parece en absoluto o padece enfermedad hereditaria sin perjuicio de la eventual responsabilidad médica" (91). (Anotemos, de paso y de acuerdo con lo transcrito, que para este autor podría haber un consentimiento con tales

condiciones válidas, en circunstancias que se trataría de condiciones jurídicamente imposibles. Ni siquiera aceptables en una cópula marido-mujer, con miras a la procreación).

En la misma línea RIVERO, quien estima que debería prohibirse la impugnación de la paternidad por el marido o varón de la pareja que consintió estas técnicas. Sólo debería permitirse esa impugnación probando, formalmente, que el nacido no fue engendrado de resultados de la fecundación asistida que consintió aquél (92).

En las acciones de impugnación de la filiación hay dos regímenes distintos, según sea la filiación matrimonial o no matrimonial.

b) 1.- Impugnación de la filiación matrimonial:

Tiene por objeto contradecir y anular la determinación en cuanto matrimonial de la filiación, bien porque no sea cierta la maternidad de que se trate o porque contradice la paternidad del marido.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida prohíbe expresamente la impugnación de la paternidad/maternidad si el marido o la mujer han prestado su consentimiento previa y expresamente a la realización de una FIVTE con donante. Dice el art. 8.1: "Ni el marido ni la mujer cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o

donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación".

La razón principal de que una vez dado su consentimiento no se puede impugnar, se encuentra en que una actuación así "contravendría el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y constituiría un abuso de derecho" (93).

Si relacionamos los arts. 7.1, 8.1, 5.5 de la LTRA con el art.116 del CC podemos concluir que otorgado el consentimiento (de manera libre, expresa y por escrito) previamente por la mujer y el marido para la realización de la FIVTE con donante, el hijo será matrimonial de ambos cónyuges por haber nacido constante el matrimonio. Existe la especificidad de que la presunción del art.116 del CC fue destruida, por cuanto no puede impugnarse la filiación matrimonial. Esta situación es aplicable a los casos en que hay donación de gametos y de embriones.

Puede darse la situación de que el marido no diera su consentimiento para la realización de una FIVTE con donante, ésta se lleva a cabo y el niño que nace se inscriba como matrimonial por la presunción del art. 116 del CC. En este supuesto, el marido está legitimado para impugnar la filiación (a contrario sensu del art. 8.1 de la LTRA) y como, de acuerdo al art. 7.1 de la LTRA, la filiación se rige por las normas establecidas en el CC, debemos aplicar el art. 136 (que regula la impugnación de la paternidad del marido) que señala el plazo de un año para ejercitar la acción de impugnación, contado a partir

del momento de la inscripción de la filiación en el Registro Civil, con la excepción que el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

En el caso de que el marido y la mujer hubieran prestado su consentimiento para la realización de una FIVTE con gametos de la pareja, de acuerdo a lo establecido en el art.6.1 y 6.3 de la LTRA y, por error del equipo médico interviniente, se practica con otro semen que el del marido ¿cabe la posibilidad de negar la impugnación de la paternidad, por parte del marido? RODRIGUEZ CASTRO entiende que "ha de inscribirse el hijo como matrimonial de ambos progenitores, pues un acuerdo distinto excedería de las facultades calificadoras que nuestra legislación registral atribuye al Juez encargado del Registro Civil (arts. 27, 29 LRC y 122 a 129 RRC), será pues la vía del juicio declarativo de menor cuantía la idónea para ejercitar la correspondiente acción de impugnación" (94). Una vez que se pruebe que en la fecundación <in vitro> se utilizó otro semen distinto al del marido se cancelará en la inscripción de nacimiento del hijo, toda mención a la filiación matrimonial de los padres.

Si el marido otorgó su consentimiento para la realización de una FIVTE con donante a su mujer bajo error, violencia o intimidación, él podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo, de acuerdo a los arts. 7.1 de la LTRA y art. 138 y 141 del CC. La acción de impugnación caducará al año del

reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento.

En relación a la impugnación de la maternidad, el art. 8.1 de la LTRA dice que la mujer, cuando haya prestado su consentimiento previo y expresamente a determinada fecundación, no podrá impugnar la filiación naterna.

El art. 7.1 de la LTRA nos señala que: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción se regulará por las normas vigentes, a salvo las especialidades contenidas en este capítulo" ; por tanto, nos está remitiendo al art. 139 del CC que regula la impugnación de la maternidad justificando "la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo".

En el caso de que a la mujer se le haya practicado una FIVTE con donación de óvulo o embrión, sin el consentimiento contemplado en los arts.2.4 y 6.1 de la LTRA, ésta no podrá impugnar la maternidad porque no hay suposición de parto ni deja de ser cierta la criatura. Luego, no procede la acción de impugnación.

Además, según los arts. 135 del CC y 10.2 de la LTRA, es madre la mujer que dió a luz a la criatura, no por voluntad alguna sino porque parió al hijo. En consecuencia, la madre biológica o de gestación no está legitimada para impugnar su maternidad.

b) 2.- Impugnación de la filiación no matrimonial:

Supone

la contradicción y eventual anulación de una previa determinación de filiación no matrimonial.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no prohíbe expresamente la impugnación de la filiación no matrimonial por parte del varón de la pareja que previamente ha prestado su consentimiento de forma libre, consciente y formal, a diferencia de lo establecido en el art. 8.1 cuando regula la impugnación de la filiación matrimonial.

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista, si trataba directamente la impugnación de la filiación no matrimonial en los arts. 7.4 y 8.4 de la Proposición.

Decía el art.7.4: "El varón de un matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas con intervención de donantes, sin que él haya dado su consentimiento previo y fehaciente, o cuando éste fue desatendido probadamente en sus términos sustanciales, podrá renunciar al hijo o hijos así nacidos, que sera/n registrado/s como sin padre".

Art. 8.4: "No se podrá ejercer acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer correspondiente, previamente y por escrito, y si tal consentimiento no ha sido defraudado sustancialmente.

Ambos artículos fueron suprimidos en la tramitación de la Proposición en el Senado.

Pese a que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no regula directamente la impugnación de la filiación no matrimonial, se puede deducir, de los arts. 6.4, 8.2 y 9.4,

que cuando el varón de la pareja ha prestado su consentimiento para que a la mujer se le practique una FIVTE con donante, éste funciona a modo de reconocimiento del concebido no nacido. Como ya se indicara es un "reconocimiento adelantado", ya que el art. 8.2 de la LTRA califica este consentimiento como un escrito indubitado a los efectos del art. 49 de la LRC, que regula el reconocimiento mediante expediente gubernativo.

Este consentimiento "de expresión libre, consciente y formal", que ha prestado el varón de la pareja, tiene un carácter irrevocable, desde el momento que se lleva a cabo la fecundación <in vitro>. Esta irrevocabilidad se deduce de lo prescrito en el art. 9.4 de la LTRA, cuando regula la fecundación *post mortem*. Dice este apartado: "El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas".

Si bien es cierto que este art.9.4 se encuentra ubicado dentro de la regulación de la fecundación *post mortem*, la utilización de la frase "para la aplicación de las técnicas" indicaría que se está refiriendo a toda clase de técnicas y no exclusivamente a las *post mortem*. De lo contrario, el legislador hubiera utilizado el adjetivo demostrativo "esta". Además, no tiene sentido limitar este precepto solamente a la fecundación *post mortem* dado que es imposible la revocación del consentimiento de alguien que ha fallecido.

La mayoría de la doctrina considera que el consentimiento otorgado por el varón de la pareja para que a su mujer se le realice una FIVTE con donante tiene carácter irrevocable. Así, LLEDO opina que el consentimiento dado por el varón hay que entenderlo como una suerte de reconocimiento irrevocable que limita la posibilidad de impugnación (95).

Como señala DIAZ AMBRONA, las circunstancias que concurren en la fecundación asistida determinan, con relación al niño, que la paternidad legal (sea o no progenitor) no debe impugnarse; lo contrario sería tanto como dejar a merced del conviviente el estado civil de una persona, cuando éste, es irrenunciable, intransmisible e indisponible (96).

En consecuencia, la filiación no matrimonial del hijo no puede ser impugnada por el varón de la pareja, cuando éste haya otorgado su consentimiento para la realización de la FIVTE, con donante o sin donante, en la mujer. Este consentimiento es irrevocable desde el momento en que se lleva a cabo la fecundación <in vitro> y funciona como un reconocimiento adelantado de paternidad.

En relación a la impugnación de la maternidad, cuando se ha realizado una FIVTE con donación de óvulo o embrión, opera igual que la impugnación de la maternidad matrimonial. Es decir, no está la madre legitimada para impugnar la maternidad cuando ella haya dado a luz a la criatura, a pesar de haber recibido una donación de óvulo o embrión sin

su consentimiento. Según los arts.10.2 de la LTRA y 135 del CC, es madre la mujer que parió a la criatura, independiente de su voluntad.

He analizado que ni los cónyuges ni la pareja more uxorio están legitimados para impugnar la filiación del hijo, sea ésta matrimonial o no matrimonial, según esten casados o no los padres. Por supuesto, si se prohíbe la impugnación de la paternidad al padre legal, tampoco podrán hacerlo sus herederos ni ninguna otra persona ajena a la relación de filiación, puesto que sería un contrasentido permitir la impugnación de terceros si no se permite a los sujetos directamente implicados. Pero, ¿puede el hijo que nace fruto de una FIVTE con donante impugnar la paternidad de su padre legal?

En la doctrina -antes de la dictación de la LTRA- no había unanimidad al respecto, LACRUZ, HERNANDEZ y LLEDO eran partidarios de no admitir la posibilidad de que el hijo pudiera impugnar la paternidad. Disentía de este planteamiento MONTES PENADES.

Al respecto, LACRUZ señalaba que "si el ordenamiento admite la paternidad, desvinculada del dato genético y autorizada por la Ley como un instituto jurídico que tiene base suficiente en la existencia del matrimonio de la madre y la voluntad del marido de ésta de aceptar como suyo al hijo, tal hijo no podrá investigar esa paternidad que ya desde el principio no se funda en el dato genético sino en la voluntad y el afecto". Concluía este autor diciendo que "no

habría lugar a una acción de impugnación de la paternidad cuando la generación ha sido sustituida por otros motivos" (97).

HERNANDEZ consideraba que lo más adecuado sería no permitir la impugnación de la paternidad por parte del hijo. Señalaba esta autora que si el hijo conociera su origen genético y supiera que su padre legal no es su progenitor y "prosperara la acción de impugnación él se quedaría sin filiación pues no tendría derecho a que se le atribuyera la del donante por estar expresamente prohibido que medie ningún tipo de relación jurídica entre ambos" (98). En la misma línea LLEDO quien estimaba que el hijo no podía refutar su status filii (99).

Disentía de estas opiniones MONTE PENADES al considerar que el hijo debe gozar de las posibilidades de impugnar la paternidad conforme a las reglas ordinarias; tal impugnación puede ser interesante para reclamar la verdad, como también para evitar falsos impedimentos matrimoniales (100).

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no trata directamente la posibilidad de impugnación de la paternidad por parte del hijo que ha nacido por estas técnicas. Pero, de los arts 8.3 y 5.5 de esta Ley se puede inferir que el hijo no está legitimado para impugnar la paternidad. Dice el art. 8.3: "La revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda con arreglo al art.5 apartado 5

de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación", y el art.5.5 prescribe: "Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante".

En consecuencia, aunque se conozca la identidad del donante es imposible una nueva determinación legal de la paternidad. Luego, si se permitiera esta impugnación se daría el caso de que el hijo quedaría sin filiación. Por tanto, implícitamente se está prohibiendo la impugnación de ésta por el hijo.

Como se reseñara, la paternidad del marido o varón de la pareja nace del consentimiento prestado por él para que a su cónyuge o mujer se le practique una FIVTE con donante y esta relación paterno-filial que nace no puede romperla ni el hijo, a través de la acción de impugnación de la paternidad. Por tanto, el consentimiento no sólo es un elemento constitutivo de la filiación, sino que funciona como limitante de las acciones de filiación. Al mismo tiempo, actúa como medio de legitimación. Quien otorgó su consentimiento para la realización de la FIVTE con donante no está legitimado para impugnar la filiación y la falta de consentimiento legitima al marido o varón de la pareja para ejercitar la acción de impugnación.

c) Acción de Reclamación:

Es aquella que se ejercita con objeto de resolver una pretensión muy concreta: la atribución de un estado a quien carece de él, por no

ostentar ninguno o por gozar de otro que no le corresponde (101).

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida en su art.8.2 señala que: "Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art.49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad".

Surge la pregunta: ¿la acción de reclamación de paternidad debe presentarse contra el padre biológico o contra el varón que otorgó su consentimiento?

La LTRA no ha sido nada clara en la redacción de este apartado del art.8º pero, siguiendo la línea sostenida en este trabajo, se puede decir que el consentimiento otorgado por el varón de la pareja y el documento en que se otorgó el consentimiento ante el Centro o establecimiento autorizado constituye un escrito indubitado que permite iniciar la inscripción de la filiación no matrimonial mediante expediente gubernativo. Además, el varón de la pareja no está legitimado para impugnar la filiación cuando dió su consentimiento. Luego, la acción de reclamación de paternidad no puede ir dirigida contra él.

En relación a si esta acción puede ir dirigida contra el padre biológico, la respuesta también debe ser negativa. Los arts. 8.3 y 5.5 de la LTRA señalan expresamente que "la revelación de la identidad del donante en los supuestos que procede con arreglo al art.5º apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación". Como señala ESPIN CANOVAS, la revelación de la identidad del donante no implica determinación legal de la paternidad del donante (102).

En consecuencia, la acción de reclamación de paternidad no procede en los supuestos de fecundación asistida con donante, a no ser que se refiera, como señala ALBALADEJO, a la acción de reclamación que corresponde al padre que asume esta filiación (103). En esta situación aplicaríamos el art.132 del CC.

6.- EFECTOS JURIDICOS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS NACIDOS POR FIVTE:

El art. 7.1 de la LTRA nos remite a las normas establecidas sobre filiación en el Código Civil y el art. 7.2 de la LTRA nos señala que: "En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación".

Por tanto, los hijos que nazcan por fecundación asistida tendrán los derechos correspondientes a su filiación, siendo los mismos para la filiación matrimonial como para la no matrimonial, de acuerdo a lo prescrito en el art. 108 del CC.

El contenido básico de la filiación, a partir de la reforma de 1981, son: a) el derecho a los apellidos (art. 109 del CC: La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley), b) derecho a los alimentos (arts. 110 Y 111 del CC : el padre y la madre aunque no ostenten la patria potestad están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Y en los casos en que el padre quede excluido de la patria potestad y de las funciones tuitivas quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos). Y c) derechos sucesorios, de acuerdo al art. 807 CC: los hijos respecto a sus padres son herederos forzosos y tienen derecho de legítima en la sucesión testamentaria, y en la sucesión intestada son los primeros herederos llamados. Además, el art. 931 establece que los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás descendientes sin distinción de sexo, edad o filiación (104).

NOTAS

- (1) DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J
"La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana" en Rev. de Derecho Privado, junio, 1988, p.540
- (2) GARCIA CANTERO, G
"Notas sobre la incidencia de las nuevas técnicas de procreación humana en el derecho de familia" en Rev. Tapia Nº 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre, 1987, p.39
- (3) BERCOVITZ y RODRIGUEZ CANO, R
"La filiación inducida y las clasificaciones legales" ya cit. p.p. 117 y 120
- (4) RIVERO HERNANDEZ, F
"La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", ya cit. p.p. 141 y 142
- (5) LACRUZ BERDEJO, J.L y SABCHO REBULLIDA, F
"Elementos del Derecho Civil", Tomo IV, "Derecho de Familia", ya cit. p. 504
- (6) COLIN y CAPITANT
"Cours elementaire de Droit Civil Français", Tomo I, 11 ed. Librairie Dalloz, Paris, 1953, p. 247
- (7) CASTAN TOBERAS, J
"Derecho Civil español común y foral", Tomo V, Vol 2º Reus, Madrid, 1960 y 9ª edición por GARCIA CANTERO y CASTAN VASQUEZ, editorial Reus, Madrid, 1985, p.6
- (8) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X
"Compendio de Derecho Civil", Tomo IV, "Derecho de Familia", ya cit. p. 205
- (9) PARTIDO NACIONALISTA VASCO (GRUPO PARLAMENTARIO)
Sugerencias formuladas a determinados aspectos del Informe especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", ya.cit p.211
- (10) DIEZ-PICAZO, L (en colaboración)
"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación<in vitro>", ya cit.p.25
MONTE PENADES, V
"El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.184
- (11) LACRUZ BERDEJO, J.L
"La paternidad, la reforma de 1981 del Código Civil y los progresos de la biología", en Rev. Tapia Nº 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre, 1987 p.41

- (12) PINTO RUIZ, J
 "De la filiación" en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigido por Manuel Albaladejo Tomo XXVII, Vol.1, art 1 al 51 de la Compilación de Cataluña, Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, p.p. 180 y 181
 Para mayor detalle consultar:
CASALS COLLEDECARRERA, M
 "La investigación de la paternidad natural en el Derecho Civil Catalán" en Revista del Instituto de Derecho Comparado, 1966, p.p. 138 y s.s
FOU DE AVILES, J.M
 "El reconocimiento forzoso del hijo natural en el Derecho español" en Revista Jurídica de Cataluña, 1951, p.p. 211 y ss
RIVERO HERNANDEZ, F
 "La filiación en el Derecho Civil especial de Cataluña" en Comentarios a la compilación del Derecho Civil de Cataluña, Tomo II, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil Catalán, Durán I Bas, Barcelona, 1974, p.p. 13 y s.s
- (13) MONTES PENADES, V
 "El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.184
- (14) DIEZ-PICAZO, L y GULLON, A
 "Sistema de Derecho Civil", Volumen IV, "Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones", ya cit. p.341
- (15) DELGADO ECHEVERRIA, J
 "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", ya cit. p.203
- (16) MORO ALMARAZ, M.J
 "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", ya cit. p.224
- (17) BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R
 "La filiación inducida y las clasificaciones legales" ya cit. p.121
- (18) RIVERO HERNANDEZ, F
 "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial" , ya cit. p.146
- (19) TRABUCHI, A
 "Famiglia e Diritto nell'orizzonte degli anni '80", en Riv. Dir. Civ. 1986/2, p.160
- (20) RIVERO HERNANDEZ, F
 "Presunción de la paternidad legítima", Tecno Madrid, 1971, p.p. 335-338 y 143-149

- VIDAL MARTINEZ, J
 "El hijo legítimo. Su concepto y determinación en el Código Civil español", Montecorvo, Madrid, 1974, p.p. 95 y s.s
- (21) MONTES PENADES, V
 "El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.197
- (22) LLEDO YAGÜE, F
 "Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.24
MONTES PENADES, V
 Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> e inseminación Humanas, ya cit. p.16
- (23) RIVERO HERNANDEZ, F
 "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", ya cit. p.146
- (24) TRABUCCHI, A
 "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", Comunicación al Congreso de Verona, octubre, 1986 en "Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana", Padova, 1987, p.p 15 y 16
- (25) CORNU, G
 "Droit Civil: La Famille", ed. Montchresten, París, 1984, p. 293
- (26) BENDERSKY, M
 "La genética actual y el Derecho de familia" en Rev. Tapia Nº 37 (monográfica sobre Derecho de familia), diciembre, 1987, p.29
- (27) RIVERO HERNANDEZ, F
 "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", ya cit. p.146
- (28) STOYANOVITCH, K
 "La légitimité des enfants nés par suite de l'insemination artificiella en France et aux Etats Unis d'Amérique, en Rev. Intern. Droit Comparé, 1956, p. 268
- (29) VERCELLONE, P
 "La fecondazione artificiale" en Politica del Diritto Nº3, XVII, 1986 p.390
- (30) MORO ALMARAZ, M. J
 "Procreación, paternidad y fecundación artificial", ya cit. p.1427 y

- LABRUSSE-ROIU, C
 "Procreation, filiation et volonté individuelle" en
 Droit de la filiation et progrès scientifiques,
 Economías, París, 1982, p.71
- (31) GARCIA RUBIO, M.F
 "La experiencia italiana en materia de fecundación
 asistida. Consideraciones respecto al Derecho Civil
 español", ya cit. p.64
- (32) DIAZ-AMBRONA, M.D
 "Determinación de la paternidad en la llamada
 filiación asistida", comunicación para el grupo Hacia
 un nuevo Derecho de Familia para el Congreso Mundial
 de la F.I.D.A, 1989, mecanografiado y sin numeración.
- (33) AULETTA, T
 "Fecondazione artificiale: problemi e prospettive" en
 Quadrimestre 1, 1986, p.p. 48 y 50
- (34) LABRUSSE-RIOU, C
 "Don et utilisation de sperme e d'ovocytes. Le point
 de vue de un juriste", ya cit. p.270
- (35) DELGADO ECHEVERRIA, J
 "Los consentimientos relevantes en la fecundación
 asistida. En especial, el determinante de la asunción
 de una paternidad que biológicamente no corresponde",
 ya cit. p. 212
- (36) LLEDO YAGUE, F
 "Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.54
- (37) RIVERO HERNANDEZ, F
 "La investigación de la mera relación biológica en la
 filiación derivada de la fecundación artificial", ya
 cit. p.149
- (38) TRABUCCHI, A
 "Procreazione artificiale e genetica umana nella
 prospettiva del giurista", ya cit. p.p.497 y s.s
- (39) VERCELLONE, F
 "La fecondazione artificiale", ya cit. p.p. 390 y 392
- (40) MORO ALMARAZ, M.J
 "Procreación, paternidad y fecundación artificial",
 ya cit. p.1432
- (41) O'CALAGHAN MUÑOZ, X
 "Compendio de Derecho Civil", Tomo IV, "Derecho de
 Familia", ya cit. p.235
- (42) LLEDO YAGUE, F
 "Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.56

- (43) BIK, C
"The development in the Council of Europe on reproductive medicine", ponencia presentada al colloquium de Derecho Comparado, Cambridge, Reino Unido, 15-17 de septiembre de 1987, p.17
- (44) FERRANDO, G
"Procreazione artificiale verso la reglamentazione per legge", ya cit. p.567
- (45) ZANONI, E
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.56
- (46) VERCELLONE, F
"La fecondazione artificiale", ya cit. p.401
- (47) CORTES GENERALES
"Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p.p. 38-41
- (48) B.O.C
Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B, 13 de mayo de 1988, Nº 74-9, p.157
- (49) MORO ALMARAZ, M.J
"Procreación, paternidad y fecundación artificial", ya cit. p.1433
- (50) PANTALEON PRIETO, F
"Procreación artificial y responsabilidad civil", ya cit. p.279
- (51) SANCHO REBULLIDA, F
"Informe sobre aspectos jurídicos de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", ya cit. p.16
- (52) BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R
"La filiación inducida y las clasificaciones legales" ya cit. p. 125 y
LLEDO YAGUE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p. 168
- (53) ALBALADEJO GARCIA, M
"Curso de Derecho Civil", Tomo IV, "Derecho de Familia", ya cit. p.227
- (54) art.49 in fine: "Nel caso in cui la inseminazione artificiale deve essere ripetuta per la mancata fecondazione della donna, entrambi i richiedenti devono rinnovare il loro consenso con dichiarazione sottoscritta rilasciata al responsabile del centro, al momento in cui l'inseminazione artificiale è nuovamente praticata".

- (55) MORO ALMARAZ, M.J
"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", ya cit. p.287
- (56) DIAZ-AMBRONA, M.D
"Determinación de la paternidad en la llamada fecundación asistida", ya cit.
- (57) LLEDO YAGÜE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.170 y
BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R
"Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", ya cit. p.170 y
LACRUZ BERDEJO, J.L
"Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes", ya cit. p.10
- (58) DIAZ-AMBRONA, M.D
"Determinación de la paternidad en la llamada filiación asistida", ya cit.
- (59) MONTES PENADES, V
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.32
- (60) LACRUZ BERDEJO, J.L y SANCHO REBULLIDA, F
"Elementos de Derecho Civil", Tomo IV, "Derecho de Familia", ya cit. p.652
- (61) BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R
"Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", ya cit. p.130
- (62) PENA Y BERNALDO DE QUIROS, M
"Comentarios a las reformas del Derecho de Familia"
Vol I, Tecnos, Madrid, p.p. 912 y 913
- (63) LACRUZ BERDEJO, J.L
"Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes", ya cit. p.10
- (64) LLEDO YAGÜE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.178
- (65) DELGADO ECHEVERRIA, J
"Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde" , ya cit. p. 216
- (66) HERRERA CAMPOS, R
"La filiación no matrimonial tras la reforma del C.C de 13 de mayo de 1981" en Revista de Derecho Privado, 1983, p.p. 17 y s.s y 28

- (67) RIVERO HERNANDEZ, F.
"Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1986" en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-diciembre 1986 , p.p. 3933 y s.s
- (68) MINORIA CATALANA
Sugerencias formuladas a determinados aspectos del Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, ya cit, p.201
- (69) MINORIA CATALANA
Sugerencias formuladas a determinados aspectos del Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, ya cit.p.202
- (70) LACRUZ BERDEJO, J.L
"Informe sobre inseminación Artificial y otros extremos semejantes", ya cit. p.p. 9 y 10
- (71) HERNANDEZ IBÁÑEZ, C
"La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma", ya cit. p.260
- (72) BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R
"Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", ya cit. p.122
Coinciden:
MONTES PEÑADES, V
"Informe presentado a la Comisión especial de Estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados, ya cit. p.14
LACRUZ BERDEJO, J.L
"La Constitución y los hijos artificiales" en Actualidad Civil Nº34 semana del 14-20 septiembre de 1987, p.p.2031
- (73) LLEDO YAGUE, F
Informe presentado a la Comisión especial de estudio de estas cuestiones, constituía en el Congreso de los Diputados, ya cit. p.p. 9 y 10
- (74) SANCHO REBULLIDA, F
"Informe sobre aspectos jurídicos de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", ya cit, p.11
- (75) RIVERO HERNANDEZ, F
"La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", ya cit. p.161
- (76) PANTALEON, F
"Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ya cit, p.p. 31 y 32

- (77) PANTALEON, F
"Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ya cit. p.35
- (78) CICU, A
"La filiación" , traducción de F. Giménez Arnau y J. Santa-Cruz Teijeiro, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1930, p.149
- (79) MONTES PENADES, V
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.30 e "Informe presentado a la Comisión especial de estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados, ya cit. p.17
- (80) DELGADO ECHEVERRIA, J
"Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante en el asunción de la paternidad que biológicamente no corresponde" , ya cit. p. 204
- (81) DIEZ-PICAZO, L y GULLON, A
"Sistema de Derecho Civil", Vol IV, "Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones", ya cit. p.342
- (82) HUET-WEILLER, LABRUSSE y VAN CAMELBEKE
"La filiation, jurisprudence Française" , Collection dirigée par el professeur René Rodière, Libraires Techniques (LITEC), París, 1981, p.VIII
- (83) CARBAJO GONZALEZ, J
"Las acciones de reclamación de la filiación", Librería Bosch, Barcelona, 1989, p.92
- (84) Proposición de Ley Nº 2603 del Grupo Liberal presentada el 28 de febrero de 1985, en su art. 4º
Proposición de Ley Nº 2660 del Grupo Radical presentada el 12 de marzo de 1985, en su art. 13
- (85) DIEZ-PICAZO, L y GULLON, A
Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de Familia Derecho de Sucesiones, ya cit. p.350
- (86) DIAZ AMBRONA, M.D
"Determinación de la paternidad en la llamada filiación asistida" , ya cit, sin numerar
- (87) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", ya cit. p.45
- (88) LLEDO YAGUE, F
Informe presentado a la Comisión especial de estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados, ya cit, p.23

- (89) RODRIGUEZ CASTRO, J
"La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil" en Actualidad Civil Nº47 ,semana 17-23 diciembre de 1990 p.745
- (90) HERNANDEZ IBAÑEZ, C
"La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma", ya cit. p.262
- (91) DELGADO ECHEVERRÍA, J
"Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", ya cit. p.221
- (92) RIVERO HERNANDEZ, F
"La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación asistida" , ya cit. p.166
- (93) LLEDO YAGUE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.230
SILVA RUIZ, P
"El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e <in vitro>" en Revista de Derecho Privado, abril, 1987, p.328
- (94) RODRIGUEZ CASTRO, J
"La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil", ya cit. p.745
- (95) LLEDO YAGUE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.p.179 y 180
- (96) DÍAZ AMBRONA, M.D
Determinación de la paternidad en la llamada filiación asistida", ya cit, sin numeración
- (97) LACRUZ BERDEJO, J.L
"La paternidad, la reforma de 1981 del CC y los progresos de la biología", ya cit. 43 p.
- (98) HERNANDEZ IBAÑEZ, C
"La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma", ya cit. p.263
- (99) LLEDO YAGUE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.184
- (100) MONTES PEÑADES, V
"La genética actual y el derecho de Familia", ya cit. p.p. 39 y 41

- (101) CARBAJO GONZALEZ, J
"Las acciones de reclamación de la filiación", ya
cit. p.30
- (102) ESPIN CANOVAS, D
"Evolución reciente del Derecho de Familia español. La
Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de
Reproducción Asistida" en Boletín de Información del
Ministerio de Justicia Nº1583, 5 de diciembre de 1990
p.156
- (103) ALBALADEJO GARCIA, M
"Curso de Derecho Civil", IV, "Derecho de Familia",
Librería Bosch, Barcelona, 1989, p.274
- (104) DIEZ-PICAZO, L y GULLON, A
"Sistema de Derecho Civil", Vol IV, "Derecho de
Familia. Derecho de Sucesiones", ya cit. p.p. 319 y
320

CAPITULO QUINTO
FECUNDACION <POST MORTEM>

1.- CONCEPTO:

Entre los distintos problemas que plantean las técnicas de fecundación asistida, en distintos ámbitos, aparecen con mayores repercusiones las producidas por la inseminación artificial y la fecundación <in vitro> con transferencia de embrión, cuando tienen lugar después de muerto el marido o varón de la pareja.

El desarrollo de las técnicas de congelación de esperma y embriones ha permitido, de una parte, que el hombre que deseando tener descendencia tema no poder conseguirlo en el futuro, por padecer de alguna enfermedad que pueda llevarlo a la esterilidad, deposite su semen en un banco y, de otra, que los embriones resultantes de una fecundación <in vitro> con gametos de una pareja para realizar una FIV con transferencia de embrión pueden congelarse esperando ser transferidos a la mujer. Los problemas relativos a la congelación de esperma y embriones surgen cuando el marido o varón de la pareja muere y la mujer quiere tener un hijo de la persona fallecida y pide ser inseminada con su semen o que le transfieran los embriones, para poder llevar a cabo la gestación de un hijo.

Como señala ANDORNO, en la actualidad es posible que una mujer dé a luz un hijo concebido con semen del esposo conservado en los bancos de esperma, luego de la muerte del mismo o de la anulación del matrimonio (1).

Nos encontramos ante una situación absolutamente impensable e insólita, hasta hace poco tiempo: que una persona muerta pueda concebir o engendrar un hijo, con los consiguientes problemas no sólo éticos y morales, sino, también, de filiación y sucesiones.

Se entiende por fecundación *post mortem* los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido.

Sin embargo, CORRAL TALCIANI considera cinco supuestos en que se puede dar la fecundación *post mortem*:

1º inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto.

2º Fecundación <in vitro> con óvulos de la mujer fallecida (llevada a cabo antes de su muerte).

3º Implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos y crioconservado posteriormente) en el útero de la madre después de la muerte del marido o conviviente varón.

4º Implantación de un embrión crioconservado (concebido con gametos de la mujer difunta) en el seno de una tercera mujer, después de la muerte de la madre genética, por disposición del marido o conviviente supérstite.

5º Embrión crioconservado, no destinado a la donación cuyos padres genéticos mueren, siendo transferidos o implantados a otra mujer (2).

Tanto la 2ª como la 4ª y 5ª hipótesis implican necesariamente una maternidad de sustitución. Es decir, se requiere de una mujer - que no es la madre genética- para transferirle el embrión y encargarle que geste y alumbre a la criatura.

Por su parte, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida ha regulado en su art. 9º, exclusivamente, los casos de I.A de una mujer con semen de su marido o compañero fallecidos y de FIVTE cuando el embrión se ha formado con el óvulo de la mujer sobreviviente y el semen del marido o varón de la pareja muerto.

Dice el art.9.1.: "No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón".

2.- No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial".

3.-El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior...."

Por tanto, solamente me circunscribiré al estudio de los casos regulados por dicha Ley y que son los propios de la fecundación *post mortem*.

La fecundación *post mortem* siempre se da en las situaciones de inseminación artificial y fecundación <in vitro> con

gametos de la pareja (es el mayor problema que plantea la fecundación asistida con gametos de la pareja) y transferencia de embrión. No se puede dar en los casos de fecundación con donante de semen porque la fecundación asistida se realiza con gametos de donante anónimo, que carece de toda relación jurídica con el hijo que engendra. Luego, no hay una persona que asuma la paternidad legal pues ha muerto el marido o compañero de la madre. Este tipo de fecundación sería similar al de la mujer sola, de lo que se deduce que no es factible referirse a la fecundación con gametos de donante. Además el motivo que impulsa la fecundación *post mortem* es el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto y aquí no se daría (3). Y, como ya se señalara, tampoco se puede hablar de fecundación *post mortem* con el material genético de la mujer muerta, con el objetivo de que el marido o compañero tuviera un hijo de ella, porque nos encontraríamos con la figura de maternidad de sustitución o subrogada (4).

Elementos de la fecundación *post mortem*:

- 1.- Se requiere que exista una procreación no coital, sea por inseminación artificial o por FIVTE, puesto que si se trata de una fecundación coital, estaríamos frente a la figura del hijo póstumo.
- 2.- Es necesario que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de la aplicación de la I.A o de una FIVTE.
- 3.- Es preciso que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la concepción del hijo, si se trata de

una I.A o antes de la implantación del embrión en su esposa o mujer.

4.- Se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto.

A lo largo, de este capítulo iré desarrollando los elementos señalados.

2.- PERMISIVIDAD O RECHAZO DE LA FECUNDACION POST MORTEM:

La aceptación o rechazo de la fecundación *post mortem* es un tema muy debatido, donde encontramos tres diferentes posiciones en los Informes, trabajos pre-legislativos, leyes y doctrina.

a.- Los que rechazan totalmente la fecundación *post mortem* y propugnan su prohibición:

- El Comité sueco que estudió la Inseminación Artificial, en su dictamen señaló que no se aceptara la fecundación *post mortem* en razón de la necesidad de que el niño tenga un padre y una madre desde su nacimiento y recomendó que para realizar la inseminación artificial con semen del marido o compañero, éste debía estar vivo en el momento de la inseminación (5). Esta recomendación fue recogida en la Ley 1140 de 20 de diciembre de 1984 sobre Inseminación Artificial que en su art.2 prescribe que: "La inseminación sólo puede tener lugar con la condición de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre permanentemente".

- El Informe del CAHBI en su Principio 7.3 señala: "La procreación artificial con esperma del marido o compañero fallecido no debe ser permitida". La justificación de esta

prohibición se basa en que, de una parte, el hijo se vería así condenado a nacer y vivir sin padre, lo que va contra su interés y bienestar, preocupación y principio fundamental en esta materia y, de otra, que este tipo de fecundación puede crear problemas en orden a la filiación del nacido y a los derechos sucesorios (de éste en relación con otros interesados) de la persona cuyo fallecimiento se toma en consideración (6).

- La ley alemana sobre "Embriones e Ingeniería Genética", aprobada el 13 de diciembre de 1990, también prohíbe la fecundación *post mortem*.

- La Instrucción del Vaticano sobre "El respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" señala que "la legislación deberá prohibir además, en virtud de la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación *post mortem*..." (7).

Desde otro punto de vista, una de las razones que se da para prohibir la fecundación *post mortem* es que las técnicas de fecundación asistida van dirigidas esencialmente a combatir la esterilidad en el matrimonio. Con la muerte del marido este vínculo desaparece y ya no tiene sentido hablar de remediar el problema de esterilidad de la pareja (8).

Otra de las críticas que se hace a la fecundación *post mortem* es que, en este caso, se programa un hijo que va ser

huérfano desde su concepción. HORTAL ALONSO señalaba, a la Comisión del Congreso, la diferencia que él veía entre el hijo que nace por fecundación *post mortem* y el hijo póstumo; éste último fue engendrado en vida de ambos progenitores, a pesar de que el padre muere antes de su nacimiento. Se asume esta última situación como irremediable; no se programa deliberadamente, como en la fecundación *post mortem* (9).

Ante la misma Comisión del Congreso, RUBIO CARDIEL expresaba que la indicación médica que legitima usar la inseminación artificial, con gametos de la pareja, está relacionada con la intención de remediar clínicamente la incapacidad del paciente; al morir el marido, no tiene sentido hablar de asistencia médica a un paciente por lo que desaparece el principio legitimador (10).

Esta misma posición contraria a la aceptación de la fecundación *post mortem*, antes de la dictación de la LTRA, la encontramos en la doctrina en Pantaleón, Zarraluqui, Lacruz, Zanoni y Corral.

Al respecto, PANTALEON considera que con la muerte de un sujeto cesa ya cualquier posibilidad de utilizar lícitamente sus gametos. Agrega que la fecundación *post mortem* es frontalmente contraria al art. 39.3 de la CE (que constitucionaliza el deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden), en cuanto da lugar a que venga al mundo un niño sin padre que cumpla con aquél su deber (11).

ZARRALUQUI indicaba que "ponderando los derechos que entran en colisión (los de la madre y los del hijo) no veía motivo alguno para que se permitiera la fecundación *post mortem* en un culto fetichista de la mujer que sobrevive o en un simple capricho de ésta, y todo ello en perjuicio del nacido de esta manipulación y con trastorno del orden familiar" (12).

Por su parte, LACRUZ señalaba que la fecundación *post mortem* debería estar administrativamente prohibida y, si se produjera, no debería conceder derechos sucesorios, salvo sentencia judicial en pleito contra el Ministerio Fiscal y los herederos del difunto (13).

Para LLEDO, si se permitiera la fecundación *post mortem* se estaría permitiendo una distorsión en la finalidad terapéutica de las técnicas reproductoras, puesto que ya no se trataría de remediar el problema de esterilidad de la pareja, sino de "satisfacer más allá de sus propias vidas un deseo cumplido postumamente de paternidad, instrumentalizando al hijo como simple medio subordinado a los intereses personales y no como una finalidad, per se, con legítimo derecho a acceder en el seno de una familia" (14).

ZANONI considera que no debería autorizarse la fecundación *post mortem* puesto que el acuerdo previo de los cónyuges "en previsión de la muerte del marido y la imposibilidad actual de la esposa de concebir al tiempo de que aquél

deposita el semen, quiebra de algún modo la incondicionalidad de la procreación del hijo pues, amén de ser la exteriorización de lo que llamaríamos una fantasía de inmortalidad genética, pretende a priori, atribuir la concepción del hijo a un padre ya fallecido" (15).

Para CORRAL, la autorización legal de la fecundación *post mortem* no debe ser permitida puesto que "no puede primar el deseo egoísta de tener un hijo por sobre los intereses y derechos de éste a nacer en el seno de una familia consituida por padre y madre". Dice que debe recordarse que el art. 10 de la CE reconoce que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad "son fundamento de orden político y de la paz social". Así, "esta norma no puede aplicarse, como pretenden algunos, a los eventuales progenitores, sino al niño proyectado, que merece que se le trate como persona con derecho a la realización más plena posible de su personalidad y no como juguete o animalito doméstico (...)" . Agrega, este autor, que además se están vulnerando los arts.39.3 y 39.4 de la CE y la Declaración de los Derechos del Niño donde se señala que "el niño necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento" (...) "Al privársele en forma deliberada de la asistencia personal de uno de los progenitores, se le está infringiendo una especial forma de abandono, que va contra la protección que la Ley ha de reconocer a los niños incluso antes de su nacimiento" (16).

b.- Los que consideran que la fecundación *post mortem* no se puede prohibir, aunque no sea una situación deseable, pero sí debe privarse al hijo nacido de este tipo de fecundación de derechos sucesorios respecto de la persona cuya muerte se toma en consideración.

Esta posición la siguen: el Informe Warnock, el Informe del Congreso de los Diputados español, la proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista y la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida en su art.9.1

- El Informe Warnock señala que todo niño nacido como resultado de una I.A o una FiVTE, utilizando semen o embrión que no estuviese en el útero de la madre en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en cuenta para sucederle.

Dice la Recomendación N261: "Debe introducirse una legislación que prevea que cualquier niño a partir de una IAC (Inseminación artificial del cónyuge) y que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no sea tenido en cuenta para sucederle o heredarle".

Recomendación N264: "Debe promulgarse una legislación que prevea que cualquier niño nacido como resultado de una FIV, utilizando un embrión congelado y depositado en un banco, que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no sea tenido en cuenta para sucederle o heredarle".

- El Informe del Congreso de los Diputados aceptó la fecundación *post mortem* pero privando al hijo que nace producto de este tipo de fecundación de todo derecho a la herencia del padre muerto. Así, se desprende de las recomendaciones 13 y 61 del Informe.

Recomendación N213: "Deberá legislarse que el hijo nacido por una inseminación artificial con

semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquellos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquellos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido".

Recomendación NQ61: "Los gametos de un miembro de la pareja estable o matrimonio ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido".

Por su parte, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista -que como ya se señalara se basó en el Informe Palacios- aceptó la fecundación *post mortem* pero negando al hijo que nace, por este tipo de fecundación, derechos hereditarios en los apartados 2 y 3 del art.9º de la Proposición.

Decía el art.9.2: "Los hijos nacidos por estas técnicas con material reproductor del varón, cuando este material no esté en el útero de la mujer con la que está vinculado por matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte del varón, no serán tomados en consideración a fines de sucesión o herencia del fallecido

Art.9.3: "Los hijos nacidos con material reproductor de la mujer, cuando éste fue utilizado por el marido o varón de la pareja que aquélla constituía después de que haya fallecido, no serán tomados en consideración a efectos de sucesión o herencia de la fallecida".

En la tramitación en el Congreso de los Diputados, este apartado 3 fue suprimido, al aceptarse la enmienda NQ 371 presentada por el Grupo Socialista, que modificó el art.9. En el Informe de la Ponencia se le dió a este apartado una nueva redacción, donde no se hizo referencia a la fecundación *post mortem* con material genético de la mujer

fallecida, pues esta clase de fecundación daría lugar a la maternidad subrogada encubierta (17).

c) Los que aceptan la fecundación *post mortem* bajo ciertas condiciones: consentimientos expresos, plazos dentro de los que debe tener lugar la fecundación después del fallecimiento.

- La proposición de Ley italiana Nº 2660, presentada por iniciativa radical el 12 de mayo de 1985, en su art.12, autoriza la fecundación *post mortem* "siempre que el marido o varón de la pareja hubiera consentido en forma expresa y que sea practicada dentro del plazo de cinco años a partir de la muerte del varón de la pareja".

- En esta misma línea se encuentra el Informe del Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de Registros y Notariado, en 1985, que aceptaba la fecundación *post mortem*, pero bajo ciertas condiciones:

- consentimiento del marido en testamento o en documento público, con referencia a los gametos depositados en determinado establecimiento autorizado

- prueba de que en este establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados

- que el nacimiento se produzca en el plazo prudencial y que no concorra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda

- notificación a quienes tengan derechos que deban desaparecer o disminuir por tal nacimiento (18).

En la doctrina, Serrano Alonso, Merino Gutierrez, González y Rivero son partidarios de aceptar la fecundación *post mortem*, pero cumpliendo ciertos requisitos. Así, SERRANO ALONSO estima que "sólo se podrá autorizar la fecundación en mujer viuda que mantenga durante todo el embarazo esa situación, de manera que si ha contraído nuevo matrimonio no deberá ser autorizada a ser fecundada con material genético que provenga del marido" (19).

Para MERINO GUTIERREZ, las técnicas de fecundación *post mortem* deben ser admitidas siempre que haya un miembro vivo de la pareja para poder practicarse el implante del embrión, impidiendo la utilización *post mortem* de un tercero (20).

Por su parte, A.GONZALEZ considera que sólo "se debería aceptar la posibilidad de embarazos *post mortem* con plenos efectos sucesorios, cuando la fecundación se produzca en un plazo determinado de tiempo y con el consentimiento por escrito de ambos miembros de la pareja estable o matrimonio" (21).

Para RIVERO -antes de la dictación de la LTRA- no había ningún precepto constitucional que permitiera aceptar o prohibir la fecundación *post mortem*. Consideraba este autor que del art.10 de la CE, que consagra el derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad, no se puede inferir un derecho absoluto a la maternidad, pues éste viene limitado por el interés y los derechos de los demás.

Dentro de estos derechos de los demás, se encuentran los derechos del hijo que nace y su dignidad. En relación al art.14 de la CE -que regula el principio de igualdad sin discriminación por razón de estado civil o condición social- y a la luz de la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Constitucional (que entiende la discriminación como distinción de trato que carece justificación objetiva y razonable), se deduce que no es idéntica la situación de la mujer casada o que comparte una relación estable con un hombre que la viuda o mujer que ha perdido al compañero, en lo que afecta al proyecto humano de tener un hijo de ambos. Y en relación al art. 39 que protege tanto la familia matrimonial como la no matrimonial, no cree este autor que pueda fundarse en este precepto una especie de derecho a crear una familia compuesta por una mujer y un hijo nacido por medio de fecundación *post mortem*. Sostiene este autor que la regulación de la fecundación *post mortem* es "contingente y queda a discreción del legislador, que debe resolver según criterios de política jurídica" si debe admitirla o no, dándole en su caso el contenido y alcance que le parezca oportuno, dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los límites que la propia Constitución establece (22).

Por su parte, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida ha seguido una posición intermedia, que se caracteriza por prohibir inicialmente su empleo y admitir excepciones a la regla general, condicionadas al

cumplimiento de determinadas condiciones. Establece distintas consecuencias jurídicas según el material reproductor del marido o compañero se encuentre en el útero de la mujer a la muerte de éste y según el marido o compañero haya prestado su consentimiento a que se utilicen sus gametos después de muerto. Así, la LTRA en su apartado primero, señala que no podrá determinarse la filiación cuando el material reproductor del marido o compañero de la mujer no se encuentre en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Y en los apartados dos y tres se prescribe que se producirán los efectos legales que se derivan de la filiación, si el marido o compañero de la mujer consintió en escritura pública o testamento que ésta fuera fecundada con sus gametos después de su muerte .

Art.9.1: "No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

9.2: No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

9.3: El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del art.49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad".

Al respecto, HERNANDEZ considera que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no debió haber admitido la fecundación *post mortem* pues "al entrar en juego intereses contrapuestos, debían haber prevalecido los del niño" . Agrega esta autora que "la mujer tiene derecho a la maternidad siempre que existan circunstancias favorables para ello", supuesto que no se da en el caso analizado de manera absoluta "ya que su situación no es la más adecuada, para tener un hijo". Expresa que "todo hijo tiene derecho a nacer, crecer y desarrollarse dentro de una familia, no privándole desde antes de su concepción de un padre" (23).

3.-RECLAMACION DEL SEMEN O DE LOS EMBRIONES DEPOSITADOS:

Los problemas en orden a la congelación de esperma y embriones surgen en aquellos supuestos en que el marido o varón de la pareja fallece, sin haber dejado disposición expresa acerca de su utilización. Cabe preguntarse si en tales casos podría la viuda reclamar el derecho a ser inseminada artificialmente, con semen de su marido o compañero fallecido, o pedir que se le transfieran los respectivos embriones congelados.

La mayoría de la doctrina considera que toda respuesta debe quedar condicionada a si el marido o varón de la pareja expresó o no su consentimiento para que a su cónyuge o mujer se le practicara una fecundación después de su muerte. Tanto AULETTA como RIVERO consideran que si el marido no ha dejado expresamente dispuesto qué se hará con

sus gametos después de su muerte, la mujer no podrá aducir un derecho hereditario sobre el semen, pues éste no es cosa susceptible de disposición mortis causa o de apropiación a título sucesorio. Sólo la propia persona puede decidir sobre el uso y destino de sus aptitudes genésicas (24).

ZANONI opina que no deberían "admitirse demandas tendientes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda. Antes bien, debería disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia que, eventualmente, plantease una inseminación heteróloga en favor de otro matrimonio con ese semen conservado" (25).

Al respecto, GARCIA RUBIO considera que no cree que "el simple depósito de semen sin declaración de voluntad alguna sobre su destino en caso de muerte autorice a la viuda o conviviente a utilizar los gametos del fallecido para su propia fecundación, y ello aunque el depositario pensase usar su esperma con ese fin para el caso de vivir, pues el deseo de procrear un hijo no se identifica con el deseo de traer al mundo un huérfano" (26).

En Francia se presentó la situación descrita, que se conoció con el nombre de "affaire Parpalaix". Alain Parpalaix dejó depositado su esperma en un CECOS (Centres d'Etudes et de Conservation du Sperme) y murió. Su esposa Corinne solicitó a este Centro que le entregaran el semen de su marido para ser inseminada con él y poder tener un hijo.

El caso se llevó a los tribunales y el Tribunal de Grande Instance de Creteil, en su sentencia de 1 de agosto de 1984, concedió a la viuda -interpretando la voluntad tácita del marido- la facultad de disponer del semen de su marido que había sido depositado por éste en el CECOS, en previsión de la esterilidad que podía originarle su enfermedad.

La Sentencia estimó que el convenio entre Parpalaix y el CECOS era un contrato atípico, que comportaba para el establecimiento la obligación de conservar o restituir o entregar el esperma a quien iba destinado.

Indicaba dicha sentencia que no se podían aplicar las reglas del contrato de depósito -en relación con el semen guardado en el Establecimiento- porque no se trataba de cosa *in commercium* "sino de una secreción que contiene el germen de la vida y destinada a la procreación de un ser humano". Tampoco era una donación de órganos, según la Ley francesa, en atención a la diferente naturaleza del semen y los órganos del cuerpo. El semen portador de vida está ligado "a una libertad del ser humano, la de dar vida o no darla". Agrega, la Sentencia, que ni las condiciones de conservación o entrega del esperma del marido fallecido, ni la inseminación de la viuda, están prohibidas ni, incluso, previstas por un texto legal reglamentario. Añade que, interpretando en Parpalaix la voluntad de procrear y hacer a su esposa Corinne madre de un hijo común -tuviera lugar la concepción del mismo durante su vida o después de su

muerte-, acogió el Tribunal la demanda y acordó entregar a la viuda el semen depositado para su posterior inseminación (27).

En relación a la situación que se presenta cuando existe un embrión congelado que ha sobrevivido a la muerte del padre, pareciera no haber duda en cuanto a la obligación del Centro de implantarlo a la madre superviviente, si ella lo solicita. En caso contrario, el Centro tendría dos posibilidades: eliminar el embrión o entregarlo a otra mujer para que se lo transfirieran -la llamada donación de embriones-, con lo cual no se respetarían los legítimos derechos del concebido no nacido respecto al derecho a la vida y a nacer en la propia familia de sangre. El problema que surge es ¿qué relación jurídica tendrá la criatura con el padre?

Para GARCIA RUBIO, cuando tenga que decidirse el destino de un embrión, deberá ser atendida tanto la voluntad expresada por el difunto al respecto, como la que sustenta el miembro superviviente de la pareja; en ausencia de aquella manifestación de voluntad, será éste último quién habrá de tomar la decisión (28).

En Gran Bretaña, el grupo del Dr. EDWARDS -pionero en realizar la FIV- en cada caso que congela embriones, hace firmar un documento a la pareja, enfrentándola a una serie de supuestos, entre los que se señalan los casos de fallecimiento de un miembro de la pareja o de los dos (29).

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no trata los problemas que surgen cuando mueren los padres de los embriones congelados, pero sí señala, en su Disposición Final Tercera letra b, que los gametos de los donantes fallecidos pasarán a disposición de los Bancos, que los utilizarán "en los términos acordados con aquellos y en base a esta Ley".

En consecuencia, si se acepta la fecundación *post mortem* como técnica a aplicarse, tanto la viuda como la mujer de la pareja estable tendrán derecho a reclamar el semen del marido o varón de la pareja para ser inseminada o la transferencia de un embrión congelado -concebido a través de una FIV con semen del marido o compañero-, cuando éste haya manifestado expresamente su voluntad respecto a que su cónyuge o mujer fuera fecundada después de su muerte.

Ahora, si el marido o compañero no hubieran expresado su consentimiento en relación a que a su cónyuge o mujer se le transfiera el embrión congelado, ésta podrá pedirlo en razón de que el embrión fue concebido estando vivo el marido y al autorizar el marido o compañero la FIVTE podría entenderse que el consentimiento comprende tanto la FIV como la transferencia de éste a la mujer. De otra parte, el embrión puede ser considerado como un posible concebido no nacido (posible, en cuanto no todos los embriones que se transfieren se fijan en el útero de la madre y logran llegar a nacer), al que se le debe respetar su derecho a la vida y a nacer en su propia familia (en el capítulo III se

desarrolló detenidamente la naturaleza jurídica del embrión).

En relación a la revocación del consentimiento otorgado por el marido o compañero de la mujer para que ésta sea fecundada después de su muerte con sus gametos o para que se le transfiera el embrión congelado, el apartado 4º del art.9º indica que: "El consentimiento para la utilización de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas".

Es decir, el marido o varón de la pareja podrá revocar su consentimiento, otorgado por escritura pública o testamento, antes de que se inicie la fecundación. Imposible sería que pudiera revocar su consentimiento una vez comenzada la fecundación asistida, porque uno de los presupuestos de la fecundación *post mortem* es que el marido haya muerto. Lo que existe en el caso del marido muerto tras la fecundación es la figura del hijo póstumo.

La LTRA no precisa si la revocación del consentimiento ha de realizarse con las mismas formas (escritura pública, testamento) que exige para otorgarlo o si se éste puede realizarse a través de documento privado.

Como se ha reseñado en el capítulo anterior, al referirme a la irrevocabilidad del consentimiento en la fecundación asistida, este apartado 4º debió tener una ubicación distinta en la Ley, puesto que no es sólo aplicable a la fecundación *post mortem* sino que a la fecundación asistida en general, ya que al utilizar la frase "para la aplicación

de las técnicas" indicaría que se está refiriendo a toda clase de técnicas.

4.-FILIACION DE LOS HIJOS NACIDOS POR FECUNDACION POST MORTEM:

Admitido el derecho de la viuda o de la mujer de la pareja estable a ser fecundada *post mortem* -sea por I.A o FIVTE-, dentro de un plazo determinado, hay que preguntarse sobre la filiación -matrimonial o no matrimonial- del hijo nacido.

El elemento determinante para establecer la filiación de los hijos nacidos por este tipo de fecundación, es el consentimiento prestado por el marido o varón de la pareja en escritura pública o testamento, para que se fecunde a su cónyuge o mujer -sea por inseminación artificial o transferencia de embrión formado con su semen- después de su muerte, dentro de ciertos plazos señalados expresamente.

La relación paterno filial nace del consentimiento mencionado. Si el marido o compañero no ha dado su consentimiento expreso, no hay relación jurídica con la criatura que nace, aunque haya nacido producto de una I.A o una FIVTE con el semen proveniente del marido o conviviente de la madre. Se equipararía esta situación a la fecundación asistida con donante, por lo que no podría existir ninguna relación jurídica entre donante y criatura que nace.

Si la criatura se encuentra en el útero materno cuando muere su padre estamos frente a un hijo póstumo, al cual se le aplican las normas correspondientes a la filiación natural. Será matrimonial si los padres estaban casados y no matrimonial si los padres eran convivientes o mantenían una relación estable de pareja.

En la filiación que corresponde a los hijos que nacen por medio de una fecundación *post mortem* hay que distinguir dos posibilidades:

- a) si se practica a la viuda con espermatozoides del marido, sea en la formación del embrión para realizar una FIVTE o en una inseminación artificial
- b) si se realiza en una mujer que forma pareja estable, con gametos del conviviente fallecido, sea en la formación del embrión que se va a transferir o en una inseminación artificial.

En el primer caso, la filiación será matrimonial y en el segundo será no matrimonial, siempre que se cumplan determinados requisitos de forma y plazo.

a) Filiación Matrimonial:

Para conceder la filiación matrimonial a un hijo, LLEDO considera que hay que partir de ciertos presupuestos inexcusables en los que se apoya este tipo de filiación. El fundamento de esta filiación radica en el matrimonio de los padres, concepción o nacimiento durante el matrimonio, filiación respecto a la

mujer casada, identidad del hijo y filiación respecto del esposo de la madre (30).

En la fecundación *post mortem*, tanto la concepción como el nacimiento se producen después de la muerte del padre; no ocurren durante el matrimonio de los padres.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no había acuerdo en la doctrina en cuanto a considerar como matrimonial al hijo que nace después de los treientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

SERRANO ALONSO consideraba que si la fecundación se había realizado con semen o embrión en el que había tomado parte el marido, dentro del plazo que la ley señalaba y con la voluntad expresa del fallecido, el hijo debía tener la consideración de matrimonial con los mismos derechos y obligaciones de los hijos nacidos durante el matrimonio de los padres (31).

Para RIVERO el hijo debería considerarse matrimonial de ambos progenitores. Este autor consideraba que estábamos frente a una situación nueva, no prevista por el legislados de 1981 y que mientras no se manejaran categorías jurídicas y términos nuevos referente a paternidad y filiación, había que hacer una interpretación sociológica y progresista de la Ley (32).

GROSMAN coincidía con RIVERO, en cuanto a considerar que era posible aplicar a la fecundación *post mortem* el presupuesto de la filiación normal basada en la cópula. Para esta autora, en beneficio del hijo, correspondería que se le considerase hijo del matrimonio no sólo porque tal había sido la voluntad de los esposos, sino porque existe un nexo biológico entre los mismos (33).

HERNANDEZ consideraba que, a pesar de no cumplirse en la fecundación *post mortem* la presunción del art. 116 del CC -pensada para los presupuestos de procreación natural-, el hijo sería matrimonial porque el consentimiento que el marido emitió con anterioridad a la fecundación *post mortem* equivaldría al exigido en el art.118 del CC ("aún faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos"). Pese a que es evidente que en la fecundación *post mortem* no se da el caso de separación legal ni de separación de hecho, cabría aplicar este precepto debido a que el gameto masculino era del marido, siempre que éste hubiera consentido de forma libre y fehaciente, la fecundación de la mujer tras su muerte (34).

SANCHO REBULLIDA adopta una posición muy peculiar, al respecto, en su Informe a la Comisión Especial del Congreso de los Diputados. Sostiene que si la fecundación asistida se ha practicado "post mortem mariti", con semen congelado procedente del mismo, el hijo sería matrimonial a los

efectos personales y no matrimonial (de la madre y de padre desconocido) a los patrimoniales (35). Como señala CORRAL si lo que se quiere es desvincular al hijo del progenitor difunto a efectos hereditarios, no parece conveniente hacerlo mezclando los efectos hereditarios con los conceptos de filiación y capacidad sucesoria (36).

Disienten en considerar como matrimonial al hijo nacido de una fecundación *post mortem*: Zarraluqui, Lledó, Zanoni y Campuzano.

Así, para ZARRALUQUI nunca un hijo engendrado después de la muerte de su padre puede ser hijo de éste, ni fruto del matrimonio que ligaba a la madre (37).

LLEDO sostenía que el hijo no podía ampararse en ninguna presunción de paternidad, por mucha prueba biológica que constate científicamente su origen consanguíneo, porque la concepción se produjo cuando había cesado formalmente el vínculo por fallecimiento del causante, y el hijo debía ser extra matrimonial (38). En la misma línea ZANDONI, quien estima que el hijo no es matrimonial porque, desde el punto de vista institucional, fue engendrado fuera del matrimonio (39).

Para CAMPUZANO, el art. 116 del CC presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trecientos días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho y el nacimiento por fecundación *post mortem* no se produce dentro de ese plazo, puesto que

la concepción tiene lugar después de la disolución del matrimonio, luego el hijo sería no matrimonial (40).

Una posición intermedia adoptan VIDAL MARTINEZ y GARCIA RUBIO . Para VIDAL MARTINEZ, si el hijo nace pasado el plazo de los trecientos días (desde la disolución del matrimonio), no podría considerarse matrimonial, porque ni en el momento de la concepción ni en el del nacimiento los padres estaban casados entre sí, según el art.108 del CC. A este autor le parecía factible una acción de reclamar la determinación de la filiación paterna, al amparo del art.135 del CC, dentro del plazo señalado por el art.133, en relación con el art. 129 del CC (41). GARCIA RUBIO coincidía con VIDAL, en cuanto consideraba que el ordenamiento jurídico (antes de la dictación de la LTRA) no daba una respuesta satisfactoria para el nacido a consecuencia de una fecundación artificial *post mortem*, ya que, siendo la madre viuda, la presunción de paternidad del marido sólo operaría si el nacimiento se produjese dentro de los trecientos días posteriores al fallecimiento de éste. Más allá de este plazo la madre deberá ejercitar la acción de reclamación de la paternidad (42).

b) Filiación no matrimonial:

Si la fecundación *post mortem* se realiza a una mujer que formaba pareja estable, el hijo será no matrimonial de ambos, siempre que el varón de la pareja hubiera consentido la fecundación *post mortem*

en escritura pública o testamento y ésta se practique dentro del plazo establecido por la Ley.

Por tanto, sólo cabe la fecundación *post mortem* no matrimonial:

- si el compañero de la mujer otorgó su consentimiento para que, con sus gametos, se le realice una inseminación artificial a su mujer o una FIVTE , según el caso, o se le transfiera un embrión congelado producto de una FIV realizada, previamente, con su semen.

- cuando la fecundación se realice dentro del plazo que señale la Ley.

Si el compañero no prestó su consentimiento para la fecundación *post mortem*, el hijo será no matrimonial de la madre. Se equipararía esta situación a la de la mujer sola que es fecundada con semen de donante anónimo, aunque en este caso se conozca la identidad del hombre que aportó sus gametos.

C) LEY SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA:

En el

apartado 1º del art. 9º ,esta Ley establece que no podrá determinarse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de la fecundación *post mortem* y el marido fallecido, cuando el material reproductor no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Dice el art.9.1:"No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el

marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón".

Por tanto, el hijo tendrá la filiación no matrimonial de la madre y será hijo de padre desconocido, ya que no puede establecerse ninguna relación jurídica entre éste y la criatura que nace. Se equipara la situación a la fecundación de mujer sola con donante , aunque en esta situación se conozca la identidad del hombre de quien provienen los gametos.

Lo cierto es que si la criatura se encuentra en el útero materno cuando muere su padre estamos frente a un hijo póstumo, al cual se le aplican las normas correspondientes a la filiación natural. El hijo tendrá la filiación matrimonial, puesto que sus padres estaban casados cuando fue concebido y se le aplicará la presunción de paternidad del art.116. que presume hijos del marido a los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución.

En los apartados 2 y 3 del art.99 , la Ley acepta la fecundación *post mortem*, siempre que se cumplan determinados requisitos: consentimiento expreso del marido o varón de la pareja por escritura pública o testamento para que su material reproductor sea utilizado por su cónyuge o mujer después de su muerte y que la fecundación se realice dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento.

Dice el apartado 2º: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Apartado 3º: "El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del art.49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad".

De la lectura de ambos apartados se desprende que la relación paterno-filial nace del consentimiento otorgado, sea por escritura pública o testamento, por el marido o varón de la pareja para que se fecunde a su cónyuge o mujer después de su muerte, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de su muerte.

La Ley al referirse al "material reproductor" se está refiriendo al semen del marido y al embrión formado con el óvulo de la cónyuge o mujer y semen del marido o varón de la pareja.

La Ley regula en forma específica la filiación matrimonial en el apartado 2. De lo que se deduce que, para que el hijo tenga filiación matrimonial se requiere:

- consentimiento expreso del marido de la madre en escritura pública o testamento para que ella sea fecundada después de su muerte
- que la fecundación *post mortem* se realice en los seis meses siguientes a su fallecimiento. Por tanto, el hijo debe nacer dentro de los cuatrocientos ochenta días

siguientes al fallecimiento del marido, para que se aplique la presunción de paternidad del marido.

La Ley ha equiparado al hijo "superpóstumo" -el nacido por este tipo de fecundación- con el hijo matrimonial. Es una ficción de la propia Ley, puesto que en la fecundación *post mortem* no se da ninguno de los supuestos exigidos por los arts. 108 a 116 del CC para calificar una determinada filiación como matrimonial. Tanto la concepción como el nacimiento del hijo se producen cuando ya no hay matrimonio de los padres, conforme a lo establecido en el art.85 del CC, debido a que se ha disuelto por fallecimiento del marido. Además, supone una modificación del art.116 del CC al permitirse la utilización del material genético dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del marido. Con esto se sobrepasan ampliamente los trescientos días, que es el período de tiempo que estipula la presunción del art. 116 del CC. Tanto SERRANO ALONSO como RODRIGUEZ CASTRO señalan que, en aras de una mayor claridad y mejor técnica legal, sería "conveniente una corrección de los preceptos básicos del Código que recojan una nueva categoría de filiación matrimonial" (43).

Un problema que se presenta al determinar la filiación, es aquel en que a una mujer se le realiza una fecundación <in vitro> con semen de su marido vivo, pero éste fallece antes de que se le transfiera el embrión al útero, sin previa conservación de éste. ¿Que filiación tendrá el hijo que

nace de esta FIVTE? Aquí el embrión no se encuentra en el útero de la madre (art.9.1 LTRA) y no hay escritura pública o testamento que autorice la fecundación o transferencia del embrión después de la muerte del marido, como exige el art.9.2 de la LTRA. Sólo existe un consentimiento otorgado por el marido para que a su mujer se le realice una FIVTE. Para analizar este problema hay que entender que la FIVTE es un proceso que se compone de dos momentos: uno, el de la fecundación <in vitro> del óvulo con el espermatozoide para que se forme el embrión (aquí se concibió al hijo estando vivo su padre); otro, el de la transferencia del embrión al útero de la mujer para que lleve a cabo la gestación del hijo. Luego, el consentimiento del marido comprende las dos fases que forman el proceso. En la primera fase se concibió el hijo, durante el matrimonio, cuando el marido estaba vivo. Por tanto, la filiación que corresponde al hijo es la matrimonial, se aplica la presunción de paternidad del art.116 del CC y su situación sería la de un hijo póstumo y no la del hijo nacido por fecundación *post mortem*.

RUBELLIN-DEVICHI se pronuncia en contra de esta solución. Para esta autora, el hijo debe ser reputado concebido desde el día de la implantación. La FIV es una condición necesaria, más no suficiente y es la elección de la pareja -o de la madre- en favor de transferencia en vez de la destrucción o donación, la que puede ser considerada como el acto decisivo de la procreación (44).

Otro problema que surge en la determinación de la filiación es cuando la mujer que da a luz al hijo concebido con

gametos del marido fallecido, está casada con un tercero. Las presunciones establecidas en los arts. 116 y 117 afectarán al marido actual. Este podrá impugnar la paternidad así determinada, destruyendo la presunción de paternidad mediante declaración auténtica en contrario, formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto (art.117 del CC) o impugnando la paternidad de acuerdo al art.116 del CC. El hijo podrá impugnar esta paternidad y reclamar la paternidad de su verdadero padre, si éste había consentido en escritura pública o testamento la fecundación de su cónyuge después de su muerte y esta fecundación se realizó dentro de los seis meses siguientes a su muerte.

Como señala SERRANO ALONSO, la LTRA no ha establecido ninguna precaución para evitar dudas sobre la paternidad del hijo o conflictos de paternidades, como la señalada en el párrafo anterior. Deberían adoptarse precauciones precisas para asegurar la procedencia del hijo. Así, en el supuesto de fecundación *post mortem* por inseminación artificial con semen del esposo fallecido, debe acreditarse que en el momento de tal práctica la mujer no ha tenido relaciones sexuales con otro hombre. Agrega este autor que, tanto para este supuesto como para la fecundación *post mortem* por implantación de embrión, deben aplicarse las reglas sobre "precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta" ,arts 959 a 967 del CC (45).

Si la fecundación *post mortem* se realiza a una mujer que forma pareja estable, el hijo tendrá la filiación no matrimonial de ambos siempre que el varón de la pareja hubiera consentido este tipo de fecundación en escritura pública o testamento y ésta se practique dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del varón de la pareja.

La escritura pública o testamento donde se otorgó el consentimiento servirá como título para iniciar el expediente de inscripción de la filiación no matrimonial, según el art. 49 de la Ley del Registro Civil. Dice el apartado 3 del art.99: "El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior sirviendo el consentimiento como título para iniciar el expediente del art.49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad".

Por tanto, sólo cabe la filiación no matrimonial:

- si el compañero de la mujer otorgó su consentimiento para que su material reproductor sea utilizado, después de su muerte, por su compañera, mediante escritura pública o testamento
- si la fecundación se realiza dentro del plazo de seis meses siguientes a su fallecimiento.

El expediente de inscripción de la filiación no matrimonial del hijo nacido por fecundación *post mortem* se inicia acompañando la escritura pública o testamento, donde se otorgó el consentimiento para que se realizara la

fecundación después de la muerte y que, según el apartado 3º del art.9, tiene el carácter de título exigido por el art.49 de LRC, para iniciar la inscripción no matrimonial.

Dice el art.49 de la Ley del Registro Civil:
 "(...) Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de primera instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1º Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozcan la filiación.

2º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3º Respecto de la madre, siempre que se prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación, sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario".

Como señala la parte final del art.49 de la Ley del Registro Civil, si hubiera oposición de parte interesada a la inscripción de la filiación no matrimonial del hijo nacido por una fecundación *post mortem*, podrá entablarse la acción de reclamación de la paternidad, de acuerdo a los arts.9.3 de la LTRA, 129, 133 y 135 del CC.

Como indica FANTALEON, si se hubiera otorgado valor de título de determinación de la paternidad a la escritura pública o testamento, en que conste el consentimiento del compañero *more uxorio* a la fecundación con sus gametos de su compañera, tras su muerte, unido al expediente médico en

que figuren los datos de la fecundación *post mortem*, se habría evitado tener que entablar un proceso de reclamación de paternidad, por oponerse alguno de los interesados a la inscripción de la filiación no matrimonial mediante expediente gubernativo (46).

d) EFFECTOS DE LA FILIACION POST MORTEM:

En relación a los efectos que produce la filiación *post mortem*, no hay una posición unánime en los Informes, trabajos pre-legislativos y doctrina, frente a los derechos que deben tener los nacidos como consecuencia de este tipo de fecundación.

Encontramos dos posiciones al respecto: una, que defiende que el hijo que nace por fecundación *post mortem* no tenga derechos en la herencia de su padre. En esta línea el Informe Warnock, el Informe del Congreso de los Diputados y la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista en los apartados 2 y 3 del art.9 . Y una segunda posición, que sostiene que el hijo nacido por fecundación *post mortem* debe tener derechos sucesorios en la herencia del padre. Esta posición es la que sostiene la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Entre los que defienden que el hijo que nace por fecundación *post mortem* no tenga derechos sucesorios en la herencia de su padre se encuentra el Informe Warnock, que en sus recomendaciones 61 y 64 indica que se sancione una legislación en la cual todo niño nacido por fecundación

post mortem -sea por inseminación artificial con semen del marido o compañero o por utilización de un embrión congelado que no estuviese en el útero de la madre en la fecha de la muerte de su padre- no sea tenido en cuenta para suceder.

Por su parte, el Informe del Congreso de los Diputados en sus recomendaciones 13 y 61 indicaba que debería legislarse que el hijo nacido por una inseminación artificial con semen del marido o compañero o por una FIVTE con un embrión congelado con semen de su marido o varón de la pareja, cuando el material reproductor no se encontrara en el útero de la cónyuge o mujer, no debería ser tomado en consideración en la sucesión del padre. En cuanto a los gametos de un miembro del matrimonio o pareja estable ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro para su propia descendencia, pero el hijo nacido así no debería ser considerado a efectos de la sucesión del fallecido.

la Proposición de Ley seguía estas recomendaciones y en los apartados 2 y 3 del art. 9 establecía, tanto para la fecundación *post mortem* matrimonial como en la pareja estable, que el "nacido no será tomado en consideración a fines de sucesión o herencia del fallecido". Estos apartados fueron modificados por la enmienda Nº 371, que estableció en la parte final del apartado 2, los efectos de la filiación matrimonial: "...produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial".

En la doctrina, eran partidarios -antes de la dictación de la LTRA- de negar derechos sucesorios a los hijos que nacen por este tipo de fecundación, Yzquierdo Tolsada, Lledo Yagüe, Montés Penadés, Sancho Rebullida, entre otros (47). Y Hernandez, García Rubio, Rivero Hernández y Serrano Alonso, consideraban que a los hijos nacidos por este tipo de filiación debían otorgárseles derechos hereditarios (48).

Por su parte, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida en el art.9.2, señala que los hijos gozarán de todos los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial, cuando el marido consintió por escritura pública o testamento que su material reproductor fuese utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento. Por tanto, los hijos nacidos por fecundación *post mortem* tienen derechos sucesorios, ya que éstos se encuentran comprendidos dentro de los que produce la filiación.

En relación a la fecundación *post mortem* realizada en una mujer que forma pareja estable con semen de su compañero o a través de la transferencia de un embrión congelado, formado por el esperma del compañero, el apartado 3 del art.9º no señala en forma explícita los efectos de esta fecundación. Dice el art.9.3: "El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del art. 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la

acción judicial de reclamación de paternidad". Aunque no se establezcan, explícitamente, los efectos jurídicos de este tipo de fecundación en relación a la filiación no matrimonial, se puede inferir de los arts. 7.1 de la LTRA ("La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo las especialidades contenidas en este capítulo) y del art. 108 del CC (que prescribe que la filiación matrimonial como la no matrimonial "surten los mismos efectos") que los hijos matrimoniales como los no matrimoniales gozarán de los mismos derechos. Luego, también éstos tendrán derechos sucesorios en el herencia de su padre.

Para SERRANO ALONSO, el texto vigente de la Ley ha omitido toda referencia a la sucesión de los hijos en la herencia del padre, pero piensa que "no hay más solución que estimar que el hijo nacido *post mortem* dentro de las exigencias de la Ley tiene iguales derechos sucesorios que los hijos <póstumos> normales (...) Solución que encuentra su apoyo, no sólo en que la Ley no les excluye de la sucesión del fallecido sino por aplicación del principio de igualdad, pues si todos los hijos son considerados como matrimoniales, carece de fundamento un trato diverso entre ambos, en razón a la peculiaridad de su concepción" (49).

Desde un punto de vista práctico, si se abriera la sucesión a la muerte del esposo o varón de la pareja, sus herederos tendrán una situación hereditaria bajo condición en tanto no transcurrirá el plazo de seis meses señalados para la

fecundación *post mortem*, con lo que los términos del art.814 del CC quedarán alterados con esta posibilidad de procreación. Transcurrido el plazo de seis meses sin que se acredite la gestación, los herederos del marido o varón de la pareja adquieren una situación hereditaria definitiva porque, si se produce la gestación, el nacido no tiene derechos frente al esposo o varón de la pareja fallecido (50).

NOTAS

- (1) ANDORNO, L
"El derecho frente a los moderno métodos de procreación. Experiencia argentina y latinoamericana" en Zeus, junio de 1985, p.5
- (2) CORRAL TALCIANI, H
"La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho" en Revista de Legislación y Jurisprudencia Nº 265, julio 1988, p.12
- (3) HERNANDEZ IBÁÑEZ, C
"La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada" en Actualidad Civil Nº48, semana 26 de diciembre - 1 de enero 1989, p.3029
- (4) SERRANO ALONSO, E
"El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*", ya cit. p.378
- (5) EWERLOF, G
"Swedish legislation on artificial insemination", ya cit. p.p. 67, 82 y 83
- (6) HONDIUS, F
"The Council of Europe's contribution to solving problems raised by human artificial procreation", ya cit. p.60
- (7) SAGRADA CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE
"Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", ya cit. capítulo III dedicado a Moral y Ley civil
- (8) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV y la I.A humanas", Congreso de los Diputados, ya cit. p.90
- (9) HORTAL ALONSO, A
"Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación <in vitr> o humanas", ya cit. p.4
- (10) RUBIO CARDIEL, J
"Contestación a las cuestiones formuladas por el Ilmo. Sr. Presidente de la Comisión Parlamentaria en la Sesión del 23 de octubre de 1985", Congreso de los Diputados, ya cit. p.8
- (11) PANTALEON PRIETO, F
"Procreación artificial y responsabilidad civil", ya cit. p.p. 283-285

- (12) ZARRALUQUI, L
"Procreación asistida y derechos fundamentales", ya cit. p.158 y "La inseminación artificial heteróloga y la filiación", BICAM, julio-agosto 1986, p.97
- (13) LACRUZ BERDEJO, J.L
"Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes", ya cit. p.10
- (14) LLEDO YAGÜE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit.p.p. 192 y 193
- (15) ZANONI, E
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.51
- (16) CORRAL TALCIANI, H
"La procreación *post mortem* ante el Derecho", ya cit. p.p. 21 y 27
- (17) OLABARRIA MUÑOZ, E
Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, Sesión Plenaria Nº98 celebrada el 14 de abril de 1988, p.6279
- (18) MINISTERIO DE JUSTICIA
"Problemas civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", D.G.R.N, ya cit. p.23
- (19) SERRANO ALONSO, E
"El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de fecundación *post mortem*", ya cit. p.378
- (20) MERINO GUTIERREZ, A
"Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida", ya cit. p.429
- (21) GONZALEZ GONZALEZ, A
"Reflexiones en torno al Informe Palacios y al Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ya cit. p.390
- (22) RIVERO HERNENDEZ, F
"La fecundación artificial *post mortem*" en revista Tapia (monográfica sobre Derecho de Familia) Nº 36, octubre, 1987, p.51
- (23) HERNANDEZ IBAÑEZ, C
"La Ley 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada", ya cit. p.3030
- (24) AULETTA, T
"Fecondazione artificiale: problemi e prospettive", ya cit. p.48 y

- RIVERO HERNANDEZ, F.
"La filiación artificial *post mortem*", ya cit. p.52
- (25) ZANONI, E.
"La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p.51
- (26) GARCIA RUBIO, M.P.
"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al derecho civil español", ya cit. p.63
- (27) RUBELLIN-DEVICHI, J.
"Jurisprudence française en matière de Droit Civil. Insemination artificielle *post mortem*" en Rev. Droit Civil, 1984, p.p.703 y sgtes y
KAYSER, P.
"Les limites morales et juridiques de la procreation artificielle" en Recmsil Dalloz Sirey, París, 1987, p. 27
- (28) GARCIA RUBIO, M.P.
"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al derecho civil español", ya cit. p.63
- (29) EDWARDS, R.
Citado por el Dr. BARRI, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº357, celebrada el 6 de noviembre de 1985, p.10913
- (30) LLEDO YAGÜE, F.
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit. p.195
- (31) SERRANO ALONSO, E.
"El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de fecundación *post mortem*", ya cit. p. 379
- (32) RIVERO HERNANDEZ, F.
"La fecundación artificial *post mortem*", ya cit. p.53
- (33) GROSMAN y MARTINEZ ALCORTA, C.
"La filiación matrimonial. Su reforma según la Ley 23.264 en Rev. La Ley, 1986, p.104
- (34) HERNANDEZ IBAÑEZ, C.
"La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada", ya cit. p.3033
- (35) SANCHO REBULLIDA, F.
"Informe sobre aspectos jurídicos de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", ya cit. p.36

- (36) CORRAL TALCIANI, H
"La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho", ya cit.p.29
- (37) ZARRALUQUI, L
"Inseminación artificial heteróloga y la filiación", ya cit. p.96
- (38) LLEDO YAGÜE, F
"Fecundación artificial y Derecho", ya cit.p.187
- (39) ZANONI, E
"Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p.74
- (40) CAMPUZANO TOME, H
"Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente", ya cit. p.434
- (41) VIDAL MARTINEZ, J
"Las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit. p.146
- (42) GARCIA RUBIO, M.P
"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al derecho civil español", ya cit. p.63
- (43) RODRIGUEZ CASTRO, J
"La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil", ya cit. p.746 y
SERRANO ALONSO, E
"Aspectos de la fecundación artificial" en Actualidad Civil Nº6, semana 6-12 de febrero de 1989, p.398
- (44) RUBELLIN-DEVICHI, J
"Les procréation assistées: état des questions", Revue Trimestrielle du Droit Civil, julio-agosto 1987, p. 486
- (45) SERRANO ALONSO, E
"Aspectos de la fecundación artificial", ya cit. p.395
- (46) PANTALEON PRIETO, F
"Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ya cit. p.31
- (47) YZQUIERDO TOLSADA, M
"Las nuevas formas de reproducción humana: aspectos jurídicos" en Revista JANO Nº723, 1986, p.72
LLEDO YAGÜE, F
Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la FIV y la I.A Humanas" del Congreso de los Diputados, ya cit. p.47 y en "Acciones de Filiación", ya cit.p.242 donde considera que el hijo así procreado no puede ser legitimario preterido.

MONTES PENADES.V

Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la FIV y la I.A. Humanas", ya cit.p.49

SANCHO REBULLIDA.F

"Informe sobre aspectos jurídicos de la FIV y la I.A humanas", ya cit.36

- (48) HERNANDEZ IBÁÑEZ.C

"La filiación en la fecundación asistida : consecuencias jurídicas en torno a la misma", ya cit. p.264

GARCIA RUBIO.M.P

"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al derecho civil español", ya cit. p.63

RIVERO HERNANDEZ.F

"La fecundación artificial *post mortem*", ya cit. p.55

SERRANO ALONSO.E

"El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de fecundación *post mortem*", ya cit. p.381

- (49) SERRANO ALONSO.E

"Aspectos de la fecundación artificial", ya cit. p.399

- (50) SERRANO ALONSO.E

"Aspectos de la fecundación artificial", ya cit. p.399

CAPITULO SEXTO
LA MATERNIDAD SUBROGADA

1.- IDEAS GENERALES:

La maternidad subrogada es la más controvertida de las técnicas de reproducción asistida, debido a los problemas de carácter ético-jurídico que plantea.

El término "maternidad subrogada" viene de la traducción de la expresión inglesa "surrogated motherhood". También se denomina esta figura con el nombre de maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero. Estas dos últimas denominaciones se consideran inadecuadas, porque la mujer gestante compromete todo su organismo durante el embarazo y no sólo el útero.

El término maternidad subrogada comprende varias posibilidades. Una primera posibilidad es al que se da en los casos de esterilidad de la mujer y fertilidad de su pareja. En este caso, se insemina artificialmente a una segunda mujer -con el semen del marido de la mujer estéril- la cual lleva a cabo el embarazo y, una vez producido el parto, entrega el hijo a la pareja que lo solicitó (2). La criatura que nace tiene la dotación genética de la mujer contratada y del hombre contratante. Una segunda posibilidad, es la de la mujer a la que se le transfiere un embrión producido mediante fecundación <in vitro>, con gametos de la pareja solicitante. En este caso, la mujer que la solicita es capaz de ovular pero no lleva a cabo el embarazo, sea por carencia de útero o por otras causas (3). Por tanto, el niño tiene la dotación genética de la

pareja contratante y se produce una disociación entre la maternidad genética y la de gestación.

Otra posibilidad es que se transfiera un embrión formado en fecundación <in vitro> con el óvulo y/o espermatozoide de un miembro de la pareja y de algún donante o que se trate de un embrión donado por una tercera pareja. En esta situación, la criatura que nace tiene tres madres (la mujer que donó el óvulo, la mujer que llevó a cabo el embarazo y la mujer que contrata) y dos padres (el hombre que donó su espermatozoide y el hombre de la pareja contratante). Se produce una disociación entre la maternidad genética y la maternidad de gestación.

En las situaciones descritas se pone en tela de juicio el principio de la certeza de la maternidad.

Puede recurrirse a la maternidad subrogada en las siguientes situaciones:

- cuando la mujer de la pareja carece de ovarios y útero;
- cuando la mujer de la pareja es estéril, por anomalías en el útero pero tiene ovarios normales (4);
- cuando la pareja es estéril por anomalías o taras genéticas (5);
- cuando la mujer ha muerto y antes de morir dejó un embrión congelado, producto de una fecundación <in vitro> de un óvulo de ella y espermatozoide de su marido (6);
- cuando una pareja de hombres homosexuales o un hombre solo insemina artificialmente a una madre subrogada con espermatozoide de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

La utilización de la maternidad subrogada por la pareja homosexual es la que experimenta más rechazo, puesto que muchos países no permiten la adopción de niños por parte de parejas homosexuales y de lesbianas. Por ejemplo, en Dinamarca se permite el matrimonio de homosexuales pero no que éstos adopten niños (7).

Algunos consideran que la maternidad subrogada no es un fenómeno totalmente nuevo y que el elemento innovador sólo sería la utilización de una fecundación asistida. Habría ahora, dicen, una versión sofisticada de antiquísimas costumbres ligadas a la esclavitud "o a la opresión de las clases inferiores o trabajadoras por las que unas mujeres servían a otras para proporcionarles la descendencia que su esterilidad les impedía" (8).

LACRUZ considera que la maternidad subrogada bien podría tener un precedente en las amas de cría, y ahora "se pretende prolongar la industria al ciclo completo incubando en su seno el 'ama de crías avant la lettre' un óvulo fecundado de la señora -el embrión- hasta que llegue a término y nazca el infante. Una cómoda manera de tener hijos sin embarazo (9).

Al respecto, agencias norteamericanas de madres de alquiler especializadas en reclutar mujeres, ponerlas en contacto con solicitantes y preparar el contrato de subrogación, utilizan como publicidad de sus servicios algunos pasajes de la Biblia que se encuentran en el Génesis.

Concretamente, los relativos a la forma de concepción y nacimiento de Ismael y a la utilización que Raquel hacía de su esclava para tener un hijo de Jacob (10). Dice uno de los anuncios: "Sarah, mujer de Abraham no le había dado un hijo. Ella tenía una sirvienta egipcia de nombre Hagar y Sarah le dijo a Abraham: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo tendré quizás la suerte de tener un hijo por ella ... Y Hagar le dió un hijo a Abraham y éste lo llamó Ismael" (11).

De estos pasajes bíblicos no se puede inferir la legitimidad de la maternidad subrogada y, mucho menos, la legitimidad de la comercialización del servicio, dado que estos hechos corresponden a otros contextos históricos. Sintéticamente expresado, eran épocas en las cuales la función fundamental de la mujer era parir hijos. La mujer que no era madre no cumplía con la función para la cual Dios la creó. Por supuesto, la situación actual es muy distinta, en la medida en que la mujer tiene un papel versátil en la sociedad que puede desarrollar en distintas formas. No sólo a través de la maternidad. Así, muchas mujeres modernas eligen, libremente, no tener hijos, para desarrollarse profesionalmente o porque consideran que los hijos limitan su libertad. Motivaciones estas que pueden ser discutibles, pero que existen y se expresan en la cotidiana realidad.

La maternidad subrogada ha sido rechazada por ciertos sectores, debido a que puede constituir una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, favorecida por la

situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo. Puede observarse, al respecto, que la mayoría de las mujeres utilizadas para la subrogación tienen escasos recursos económicos y bajo nivel de instrucción (12). Pareciera que el dinero es un factor importante, a la hora de aceptar este contrato, debido a que muchas mujeres lo hacen "como un recurso para mantenerse o mantener a sus otros hijos aceptando el único trabajo 'especializado' para el que sí están preparadas" (13). Como señalara el Dr. DEXEUS ante la Comisión del Congreso de los Diputados, esta situación es inadmisibles en una sociedad democrática y progresista, por lo que "debe impedirse que ciertos ciudadanos sean manipulados" (14).

Se señala también, que con la maternidad subrogada se distorsiona la relación madre-hijo, puesto que la mujer deliberadamente acepta quedar embarazada con el objetivo de entregar al hijo después del parto. Si la mujer, durante el proceso de gestación, se mentaliza para considerar que el embarazo es parte del contrato, puede adoptar una actitud fría frente a la criatura. Esto le hará más fácil la entrega del niño después del parto (15), pero el niño estará recibiendo un trato degradante, siendo asimilado a una mercadería, lo cual podría afectarlo psicológicamente. A la inversa, si la mujer tiene una relación normal con la criatura que gesta, se produciría lo que llaman los psicólogos una "maternidad sentimental". Es decir, habrá lazos muy fuertes entre gestante e hijo, los que serán cortados al entregar la mujer al niño después del parto,

con el daño consiguiente para el desarrollo futuro de éste. En las dos situaciones posibles -y esto es casi sintomático- el niño recibe un serio daño psicológico.

VIDAL GARCIA señala que, desde una concepción ética, no se puede aceptar la maternidad subrogada porque hay una unidad de valor en la maternidad que no se respeta y, por tanto, crea una distorsión deshumanizadora en las técnicas de maternidad subrogada (16).

Para ROCA TRIAS la maternidad subrogada debe ser desestimada porque comporta una grave lesión a la dignidad humana especialmente cuando se realiza por medio de un contrato oneroso. Sólo cabría permitirlo si se tratase de un acto gratuito y calificado en la ley como donación (17).

La Parlamentaria PELAYO DUQUE, citando a JACQUES ROBERT, dice que no se puede aceptar la maternidad de sustitución porque "ni la mujer es una incubadora humana ni el niño es una mercadería" (18).

Los que aceptan la maternidad subrogada, lo hacen señalando que las personas adultas son libres para decidir su reproducción y que impedirles esta libertad de elección y decisión puede ser atentatorio a su derecho a la maternidad y/o paternidad. Para el Dr. BARRI, las mujeres estériles tienen derecho a que les solucionen su problema y, como la primera labor de un médico es ayudar en lo que se pueda corregir esta patología, debe permitirse la maternidad

subrogada ya que con ella se posibilita que sean madres mujeres imposibilitadas para ello (19). Al respecto, el parlamentario USANDIZAGA, señaló que, con este procedimiento, "la mujer deja de ser estéril a medias, porque tener un hijo que no ha sido llevado en el vientre es una solución parcial" (20).

PANTALEON no encuentra argumentos definitivos para justificar la ilicitud de la maternidad subrogada cuando sea con afán altruista y desinteresado. Grotesco le parece que se prohíba este tipo de maternidad cuando se acepta la fecundación artificial de una mujer sola con plena garantía del anonimato del donante del semen. Pero, manifiesta que no se piense "que mantiene ante la maternidad subrogada un juicio favorable, sino que trata de contrastar de alguna forma la tendencia de convertirla en el chivo 'expiatorio' de las nuevas técnicas de reproducción, buscando con ello una válvula de escape ante la desazón que se tiene de las mismas en su conjunto, permitiendo a la vez variantes de éstas mucho más claramente lesivas de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales del nuevo ser" (21).

El Dr. EGOSCUE en su Informe presentado a la Comisión del Congreso de los Diputados señala que la maternidad subrogada nunca debe aplicarse por razones de comodidad y que sólo debe aceptarse en aquellos casos en que la mujer es incapaz de llevar adelante el embarazo. Agrega que sólo debe permitirse cuando se hace como una prestación desinteresada, sin que medie compensación económica (22).

Sin embargo, en los casos que se conocen y en los cuales ha mediado el factor solidario o el querer ayudar a una hermana, madre o hija, se producen problemas éticos y de identidad de papeles que ponen en tela de juicio la bondad de la técnica. En Francia, podemos analizar el caso de dos hermanas gemelas, Magali y Christine, donde la primera sufre un accidente que la deja estéril. Christine decide ayudarla, aceptando ser inseminada con el semen del marido de Magali -su cuñado- y gestar el hijo para, después del parto entregárselo a Magali. Después de la entrega del hijo, Christine debe someterse a un tratamiento psicológico pues no puede soportar la tensión que le significó el embarazo, sabiendo que tenía que entregar la criatura que llevaba en su vientre. En sus declaraciones, cuenta que llegó a odiar a su hermana gemela por toda esta situación (23). En Italia, a una joven de veinte años se le implanta un embrión formado por fecundación <in vitro> con el óvulo de su madre y el espermatozoide del compañero de la madre. Una vez nacida la criatura "la hija portadora" se lo entrega a su madre, quien lo había encargado. Aquí, se da la situación de que la joven que parió el niño es, al mismo tiempo, madre y hermana de la criatura recién nacida (24). Y en Sudafrica, está el caso de Karen Ferreira, quien por una histerectomía, no podía tener hijos. Su madre, Pat Anthony, acepta que se le implante un embrión formado por fecundación <in vitro> con el óvulo de Karen y el espermatozoide del marido de ésta. Cuando nacen los trillizos, Pat Anthony era madre y abuela al mismo tiempo (25).

Si bien en los casos descritos sólo ha mediado el deseo de ayudar, no se puede negar que, en todos ellos, se produce una arriesgada confusión de papeles. En efecto, si bien algunos adultos podrán asumir dicha confusión, ello es más dudoso en el caso de los niños. ¿Podrá comprender un niño que su abuela es la mujer que lo llevó nueve meses en su vientre y que luego se lo entregó a su madre-hermana, sin sentir abandono o que ha sido regalado por su propia madre?. Además, el caso italiano, nos lleva a la reflexión de si es ético que una joven sea embarazada con el embrión formado con el esperma del amante de su madre.

En la doctrina española se oponen a la maternidad subrogada Lacruz, Sancho Rebullida, Vidal Martínez, Gafo, Fernandez-Pacheco y matizadamente (aceptándola sólo en casos de actuación altruista) Rivero, Montés Penadés, Pantaleón, Moreno Luque, Hernandez, Clavería Gosálvez, Moro Almaraz, Peña Bernaldo de Quiroz, Merino Gutierrez (26). En la doctrina europea la rechazan Rubellin-Devichi, Labruse Riou, Santosuosso, Auletta, Semizzi, Hondius, Eser, Coester-Waltjen (27).

2.- DEFINICION:

La maternidad subrogada, como se ha reseñado, implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica en favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de

gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante. En esta definición no se incluye el caso en que la madre, además de alquilar su organismo aporta su óvulo, porque en esta situación se trataría de "una venta de hijo". Aquí, la mujer es madre genética y biológica o de gestación.

Sin embargo, en los Estados Unidos de Norteamérica la forma más usada de maternidad subrogada es la de inseminación de la mujer con semen del hombre de la pareja contratante. Así, KEANE define la maternidad subrogada como el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada (28).

Por sobre esta definición de KEANE, la realidad indica, desde mi punto de vista, que lo que existe es una venta de niño revestida con otra terminología para ser aceptada socialmente. Sin embargo, la mayor parte de los autores entiende que madre subrogada es una mujer fértil que acuerda, mediante "contrato", ser inseminada artificialmente con el semen del hombre casado, que no es su esposo o que se le implante un embrión -formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma del esposo de la mujer contratante o formado con los gametos de una tercera pareja- para procrear y/o sobrellevar y dar a luz a la criatura. Una vez nacido, la madre cede la custodia en

favor del padre y renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo (29).

Características del contrato de subrogación:

- 1.- Existencia de acuerdo o contrato entre un matrimonio y una mujer fértil (madre subrogada), para que ésta procrea y dé a luz a una criatura.
- 2.- Percepción de un beneficio pecuniario por parte de la madre subrogada.
- 3.- Obligación de la madre subrogada de inseminarse con el semen del marido de la mujer contratante o de aceptar la implantación de un embrión formado por fecundación <in vitro>, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y donante o de terceros.
- 4.- Renuncia de la madre subrogada a todos los derechos filiales, respecto del niño que ha parido.
- 5.- Compromiso de custodia y/o adopción del niño, por parte del marido de la mujer contratante (generalmente padre biológico) y/o su cónyuge.

Este tipo de contrato, a su vez, plantea problemas especiales. Por ejemplo:

- si la madre subrogada tiene derecho a pedir un aborto, unilateralmente, sin consultar a la pareja contratante
- si la madre subrogada puede pedir un aborto sin consultar previamente a la pareja contratante o comitente, en caso de contraer una enfermedad, por efectos del embarazo, que pone su vida en peligro

- si la pareja contratante decide que la madre subrogada aborte y ésta se niega a practicarlo
- si puede exigirse a la madre subrogada que no fume, no consuma alcohol ni se drogue, en beneficio de la salud de la criatura que gesta
- ¿que ocurre si la pareja solicitante se divorcia o muere durante el período del embarazo?
- ¿que ocurre si la criatura nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja contratante?
- ¿que ocurre si la madre subrogada se niega a entregar el hijo y desea que éste sea plena y legalmente suyo?

Todas estas dudas e interrogantes se han ido planteando en los Estados Unidos, que es el país donde más contratos de maternidad subrogada se han realizado. En tal país, cuando se ha planteado el derecho de la madre subrogada a abortar (en los EEUU se permite el aborto), el tribunal ha dictaminado que deben seguirse las normas expuestas en el caso ROE vs. WADE (30). En dicho caso, se estableció que sólo la mujer tiene un derecho constitucional protegido, para determinar la manera en la cual su cuerpo y persona pueden ser utilizados. Por tanto, la cláusula del contrato de maternidad subrogada que prohíbe el aborto, a menos que la parte masculina acceda, es nula e inexigible (31). COLEMAN considera que es improbable que un tribunal consienta en que un padre contratante se oponga al aborto de una madre subrogada, si no se permite al marido o padre natural negar a su esposa el derecho a interrumpir su embarazo, privilegiando así el derecho que tiene la mujer sobre su cuerpo (32).

Por otra parte, si el niño que nace tiene malformaciones, autores como FORTUONDO se preguntan quien debe quedarse con el niño si ambas partes lo rechazan y como puede desarrollarse la personalidad de un niño no querido, eventualmente adjudicado por un juez a padres que lo han rechazado (33).

Un estudio realizado en Francia por el equipo del doctor JACQUES DE MOUZON, del instituto de Investigaciones Médicas, constató que el número de malformaciones detectadas en niños procreados por fecundación <in vitro> es muy superior al normal y a lo que los científicos esperaban encontrar. Tomaron como base del estudio 580 embarazos, de los cuales 575 llegaron a término y en éstos se detectaron anomalías y malformaciones más altas que lo normal. Superiores en todo caso, a las previsiones de los científicos: un caso de mongolismo o enfermedad de Down, tres de labio leporino, tres de espina bifida y cinco malformaciones cardíacas (34). Estos resultados coinciden con los de un estudio realizado en Australia (35) y ANNAS comenta el caso de una madre subrogada que dió a luz un hijo microcéfalo, al cual tanto ella como los padres contratantes se negaron a aceptar (36).

Los problemas reseñados reafirman la necesidad de que en los países en que no se prohíbe la maternidad subrogada, se legisle sobre ella, resolviendo los múltiples problemas que suscita. Como señala BROPHY, los contratos de maternidad

subrogada -en los estados Unidos- más parecen, hasta ahora, un "acuerdo de caballeros" que un contrato (37).

3.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE SUBROGACION:

Frente

a este acuerdo o contrato, entre madre subrogada o sustituta y pareja contratante o comitente, hay que preguntarse ¿cuál es la naturaleza jurídica de este pacto y cual es su validez?

En la doctrina italiana, las opiniones se dividen entre quienes consideran nulo y carente de efectos jurídicos y quienes intentan ponerlo en conexión con el Instituto de Adopción. En este último sentido, configuran la renuncia de los derechos materno-filiales, por parte de la madre subrogada, como un asentimiento a que el hijo sea legitimado por su padre de sangre y adoptado por la mujer de éste último. En lo que hay unanimidad por parte de los juristas italianos, es en considerar como no obligatoria la cláusula de entrega del hijo por parte de la madre subrogada (38).

En Holanda, la mayoría de la doctrina estima que el contrato de maternidad de sustitución es nulo, debido a que su causa es ilícita. Si la madre subrogada recibe dinero por gestar y dar a luz a una criatura, que posteriormente entregará a la pareja contratante, se considera que este tipo de contrato es contrario al orden público y a la moral (39).

En Puerto Rico, SILVA RUIZ estima que el contrato no es válido porque el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres y porque es contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando éste nazca, para que otra persona lo adopte (40).

Una parte de la doctrina canadiense entiende que el contrato de maternidad subrogada conlleva el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de una mujer, lo que hace dudar sobre la validez del objeto del contrato, de acuerdo a lo estipulado en el Derecho Civil de Quebec. Además, considera que procrear un hijo para renunciar a su patria potestad, cuando nazca, es contrario al orden público (41).

La doctrina española -antes de la dictación de la LTRA- consideraba, mayoritariamente, inexistentes estos contratos. Así, MORO ALMARAZ estimaba que ni puede clasificarse de contrato el acuerdo entre la madre subrogada y la pareja, ni de tal acuerdo puede nacer ninguna obligación, jurídica o natural, de entregar el hijo, puesto que no pueden ser objeto del contrato (art.1271 del CC) las cosas que están fuera del comercio, como es el cuerpo humano. Además, la causa es ilícita porque se opone a la moral (art. 1275 del CC), tanto si se trata de una cesión gratuita como onerosa. En relación a la libertad de pactos, los establecidos entre la pareja y la madre subrogada no pueden ser obligatorios, porque su

objeto no se considera aceptado por las buenas costumbres ni acorde con la moral (42).

En la misma línea opina LLEDO, quien consideraba que el acuerdo de maternidad subrogada traspasaría los límites de la autonomía privada, si las parejas pretendieran negociar en cuanto a la posible prestación de vientre, uso no sólo del útero sino del propio cuerpo. Esto, en razón de que el objeto del negocio sería la persona por lo que dicho contrato resultaría ilícito, por ser contrario a los principios de orden público hoy vigentes en la sociedad. Asimismo, se infiere que los servicios de incubación en útero ajeno constituyen un servicio que contraviene las leyes, la moral o las buenas costumbres (art. 1272 del CC) (43).

HERNANDEZ sostenía que el contrato es totalmente ilícito, porque se intenta negociar con algo que está fuera del comercio de los hombres, es decir, es extra commercium, lo que significa que no puede ser objeto del contrato (arts. 1261.2 y 1271.1 del CC). Por tanto, a la maternidad subrogada le faltaría uno de los elementos esenciales del contrato, lo que implicaría su inexistencia y, por tanto, su imposibilidad de producir efectos jurídicos (43).

GARCIA RUBIO consideraba que cuando se trate de contratos onerosos, los de maternidad subrogada no pueden ser válidos, ya que "en la hipótesis de 'alquiler de útero' la portadora esta poniendo en peligro su salud a cambio de una

compensación económica o incluso si se decide que ella y no quien aporta el óvulo es la madre del nacido está vendiendo a su propio hijo". Agrega esta autora, "el pacto contravendría así la más elemental regla de orden público de nuestra comunidad: el respeto de la dignidad humana, del cual deriva el principio de indisponibilidad. Por tanto, el juicio de ilicitud justificaría no sólo la interdicción de este tipo de acuerdo, sino también la responsabilidad (incluso de orden penal) tanto de las partes como de los terceros que en cualquier forma constituyeran a su realización (44).

Si a este contrato se le tuviera que dar una calificación jurídica dentro de los negocios jurídicos existentes ¿a cual pertenecería?

SEMIZZI opina que, dado que la Ley no ha dispuesto una disciplina propia para el contrato de subrogación, lo más apropiado sería su inclusión dentro de los contratos innominados (45).

LLEDO considera que la figura contractual más afín podría ser el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra, puesto que en el primero se compromete la realización de un servicio en si mismo, sin consideración al resultado que se consiga y en el segundo se promete un resultado, sin tomar en cuenta el trabajo que se requiere para obtenerlo. Este autor opina que, en el contrato de subrogación, la mujer gestante se obliga a realizar un servicio sui generis ya que, más allá de la ejecución de un hacer, se compromete

a entregar al niño. Añade LLEDO que, si nos fijamos en el resultado del servicio: el hijo, la calificación del contrato sería de arrendamiento de obra, puesto que la finalidad es la consecución del hijo. Pero no se atrevería a decir que el contrato es un arrendamiento de obra (46).

CLAVERIA estima que este tipo de acuerdo no es susceptible de clasificación entre los tipos de contrato conocidos. No es arrendamiento de cosa porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano (o parte de él) no es jurídicamente cosa, lo que excluye el comodato. En el caso de prestación gratuita, se da una conducta de contenido complejo que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicio. Nos encontraríamos, según este autor "frente a actos jurídicos hoy atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al Derecho de Familia" (47).

HERNANDEZ opina que al ser nulo el contrato no cabe encuadrarlo dentro de ninguno de los existentes, porque, si hubiera que hacerlo, se inclina por el contrato de obra. Basa su afirmación en los contratos de maternidad subrogada en los Estados Unidos, donde los pagos a la madre subrogada se hacen en mensualidades o trimestralidades para evitar la impresión que la cantidad que se paga es por el recién nacido. Además, con el objeto de evitar la infracción de la ley de adopción, que prohíbe la compraventa de niños, los

contratos incluyen una cláusula donde se hace constar que la cantidad entregada a la madre subrogada es en concepto de compensación a sus servicios y gastos de embarazo y parto y no por la renuncia a sus derechos de madre. Por tanto, agrega esta autora, se observa que se trata de encubrir que el objeto del contrato es el futuro niño. Si la madre subrogada no quiere entregar el niño o renunciar a sus derechos maternos o si se produjera un aborto normal antes del quinto mes, no recibiría dinero. Y si el niño nace muerto o muere al nacer, la cantidad que se le entrega es mínima. De todo esto, se deduce que lo importante no es la realización del servicio, sino la entrega del recién nacido (48).

En consecuencia, se puede concluir que el contrato de maternidad subrogada es nulo o inexistente:

- porque no puede ser objeto de contrato algo que está fuera del comercio, como es el cuerpo humano (*res extra commercium*). Luego, al carecer el contrato de maternidad subrogada de objeto, le falta uno de los elementos esenciales del contrato. Por tanto, es inexistente y no puede producir efectos jurídicos
- porque la causa del contrato es ilícita al ir contra la moral y el orden público vigente hoy.

De todo lo cual puede desprenderse que no cabe encuadrar a este acuerdo de voluntades dentro de la clasificación tradicional de los contratos, del mismo modo que no entran en clasificación todos los pseudocontratos o manifestaciones

de voluntad incompetentes para producir efectos jurídicos válidos.

4.- CRITERIOS RESPECTO A LA PERMISIVIDAD O PROHIBICION DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA:

La admisión de la posibilidad de que una mujer o una pareja estéril puedan tener un hijo a través de un contrato de maternidad subrogada, es muy discutida en Europa, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica donde se admite a nivel fáctico. La mayoría de la doctrina norteamericana considera que el derecho fundamental a procrear, consagrado en la enmienda 14 de la Constitución, comprende tanto los métodos naturales como los alternativos de reproducción y dentro de éstos últimos se encuentra la maternidad subrogada (49).

Por su parte, tanto la doctrina como los Informes, Propositiones de Ley y leyes europeas que se han referido a la maternidad de sustitución, tienden a prohibir esta técnica.

a) En los Estados Unidos, cada Estado tiene competencia para legislar en materia de Derecho de Familia. Por tanto, no existe un Derecho de familia federal, lo que explica el distinto tratamiento estatal que se otorga a la maternidad subrogada.

En este país, existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y crianza de los hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la

vida privada. Esto quiere decir que cualquier persona tiene un derecho constitucional a casarse y a fundar una familia (50). La mayoría de la doctrina entiende que este derecho a la procreación comprende todos los medios naturales como los alternativos de reproducción (51).

En la doctrina, DICKENS señala que si se hace un examen evolutivo de la jurisprudencia norteamericana se concluye que los tribunales, sin ninguna duda, optan por hacer cumplir sus compromisos y que el acuerdo de subrogación puede ser comparable al acuerdo sobre la custodia de un niño en el que se busca proteger su interés y bienestar (52).

COLEMAN también se muestra favorable al cumplimiento del contrato de sustitución, justificando la pérdida de los derechos maternos de la madre subrogada, en función del abandono que dicho comportamiento significa. Desde esta perspectiva, el abandono indica, generalmente, un propósito resuelto de renunciar a todos los derechos y deberes maternos para con el hijo (53).

CROW considera que la decisión de tener un hijo es la piedra angular del acuerdo de subrogación y que tal decisión, sea por método natural, inseminación artificial o por subrogación, debe ser incluida como parte del derecho fundamental a procrear. Agrega este autor que si en un estado se prohibieran los contratos de subrogación se

estaría infringiendo el derecho fundamental a procrear (54).

Para WILLIAMS, los avances científicos y tecnológicos permiten a la mujer estéril ejercer su derecho a la procreación con la ayuda de la maternidad subrogada. Si la ley permite a un hombre ejercer su derecho a la procreación a través de una donación de semen, este beneficio debe ser extendido a la mujer estéril permitiendo el contrato de subrogación. Para este autor, otra conclusión es relegar a la mujer a una ciudadanía de segunda clase (55).

En relación a las decisiones judiciales, en los casos que se han presentado por incumplimiento del contrato de subrogación, no presentan uniformidad de criterios. Así, el procurador General de Kentucky, el 26 de enero de 1981, consideró que los contratos de maternidad subrogada eran ilegales y, por consiguiente, inexigibles en este estado. Fundó su opinión en la política estatal, que prohíbe la compra y venta de niños para la adopción, la cual debe hacerse extensiva a la maternidad subrogada. En este caso, se trataría de una aplicación a la norma que prohíbe la adopción de un niño antes de su nacimiento (56).

Por su parte, el Tribunal de Instancia de Nueva Jersey, en el caso de "Baby M ", resolvió que el contrato de subrogación era válido y aplicable de conformidad con las leyes del estado de Nueva Jersey. La sentencia señaló que los derechos de las partes están protegidos

constitucionalmente bajo la enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos (derecho fundamental a procrear). Los hechos fundamentales en este caso son: el Sr. Stern, ante lo arriegado de que su esposa tuviera un hijo por padecer de esclerosis múltiple, convino con la Sra. Whitehead un contrato de maternidad subrogada (Surrogate Parenting Agreement). A la madre subrogada se le pagaría la suma de diez mil dólares por sus servicios de procrear a la criatura, más los gastos médicos. De acuerdo al contrato, la Sra. Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del Sr. Stern. Asimismo, ella renunciaría a la custodia del hijo en favor de los Stern y se acordó que el nombre del Sr. Stern apareciera en el certificado de nacimiento de la criatura. Nacida la niña, su madre biológica se negó a entregarla a los esposos Stern y éstos demandaron a la Sra. Whitehead por incumplimiento del contrato.

El Tribunal señaló que en el Estado de Nueva Jersey no hay legislación que regule este tipo de contrato y que no es aplicable la legislación sobre adopción. El juez señaló que el tribunal persigue lograr justicia para la criatura porque, cuando los tribunales se ven obligados a elegir entre los derechos de uno de los padres y el bienestar de una criatura, la elección es y debe ser el bienestar y los mejores intereses de la criatura, por lo cual, el juez concedió la custodia de la niña "Baby M" al matrimonio Stern. Al mismo tiempo que privó a la madre subrogada de sus derechos maternos, negándole el derecho a visitar a su hija y permitió la adopción de la menor por la Sra. Stern.

Con respecto a las consecuencias del incumplimiento contractual, el tribunal estableció una distinción entre el supuesto en que la madre subrogada estuviese ya embarazada y aquel otro en que no se hubiese producido la concepción. La futura madre puede renunciar y poner fin al contrato hasta el momento de la concepción debiendo reparar daños y perjuicios si procede, pero sin que pueda producirse ejecución forzosa. Sin embargo, una vez concebido el hijo, los derechos de las partes están determinados, los términos establecidos y deben cuumplirse (57). Agrega la Sentencia que si se tiene derecho a la reproducción coital o sexual, entonces se tiene derecho a la reproducción no coital . Si es la reproducción lo que está protegido, entonces también lo están los medios de reproducción. Los valores e intereses que subrayan la creación de una familia son los mismos, cualesquiera sean los medios para obtenerlo. Este Tribunal resuelve que la protección de esos medios se extiende al uso de madres subrogadas. El contrato no es ilegal porque se utilice una tercera persona (58).

Esta sentencia fue apelada y el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey resolvió, el 3 de febrero de 1988, que el contrato de maternidad subrogada es nulo e inexigible porque contraviene la Ley y la política pública del Estado. En consecuencia, declaró nulas : a) las disposiciones contractuales que privaban a la madre subrogada - Sra.Whitehead- de su derecho materno-filial y b) la

adopción de la criatura -Baby M- por la Sra Stern, esposa del padre biológico de la niña. Además, restituyó a la madre subrogada sus derechos y obligaciones de madre de Baby M, ya que el tribunal inferior, al haber declarado válido el contrato, la había privado de todo derecho y confirmó la decisión del tribunal inferior de conceder la custodia de la niña al padre biológico (59).

Actualmente, doce Estados tienen Propositiones de Ley que reglamentan la maternidad subrogada que, como señaláramos, no está prohibida. Entre estas Propositiones está la del Estado de California, que establece un esquema básico para regular los acuerdos de maternidad subrogada, reconoce la maternidad de sustitución como un método alternativo de reproducción, pero no resuelve temas que tengan un efecto directo en el bienestar del niño. Entre éstos, el de si la pareja puede regular el estilo de vida de la subrogada respecto a las drogas, al alcohol o al cigarrillo o el de si la pareja puede prevenir que la madre subrogada efectúe un aborto, si ésta lo desea (60).

SILVA RUIZ, comentando acerca de los países en los cuales el Derecho Constitucional comprende la protección a la procreación, señala que, desde un punto de vista jurídico, hay que resolver si el derecho a la procreación comprende la sexual y la no coital. Si los tribunales de justicia resuelven que ésta última está comprendida y si, además, el convenio es gratuito y no hay renuncia de derechos materno-filiales dicho contrato , estima este autor, pudiera

declararse válido, pues conllevaría el medio para ejercer un derecho constitucionalmente protegido. El derecho menos jerárquico tendría que acomodarse a la norma constitucional, pues ésta es de mayor jerarquía (61).

Otro país que presenta una cierta tolerancia hacia la admisión de la maternidad de sustitución es Canadá. Así, el Informe Ontario (Ontario Law Reform Commission) se mostró favorable a la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regulase los respectivos contratos y formuló treinta y dos recomendaciones sobre el tema.

En su recomendación 49 dice: "Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar el niño, el tribunal ordenará que éste sea entregado a los padres sociales " .

b) Como ya lo señaláramos, en Europa hay una cierta tendencia a rechazar la maternidad subrogada. En estos países no se considera el derecho a la procreación como un derecho protegido constitucionalmente, como en los Estados Unidos. Así, en Inglaterra, el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido se pronunció en contra de la gestación por sustitución, debido a que la madre subrogada no puede de antemano predecir cual será su actitud con respecto a la criatura que dará a luz

y, además, la entrega del hijo puede producir sufrimiento emocional en el niño (62).

Por su parte, el Informe Warnock recomienda la prohibición de la maternidad subrogada y que, mediante la dictación de una ley, se establezca que los acuerdos que tengan por objeto la subrogación sean contratos ilegales y por tanto, estén desprovistos de acciones para hacer efectivo su cumplimiento (63).

Dice la Recomendación N956: "Debe introducirse una legislación que convierta en delictiva la creación y operación en el Reino Unido de agencias entre cuyos fines esté el reclutamiento de mujeres para embarazos subrogados o la realización de gestiones a favor de individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre portadora; tal legislación debe ser lo suficientemente amplia como para incluir tanto organizaciones lucrativas como no lucrativas".

Recomendación N957: "La legislación debe ser lo suficientemente amplia como para hacer penalmente responsables a los profesionales y otras personas que ayuden dolosamente a establecer un embarazo subrogado".

Recomendación N9 58: "Debe establecerse por Ley que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación serán contratos ilegales y, por tanto, estarán desprovistos de acción para hacer efectivo su cumplimiento".

Este Informe tuvo un voto disidente correspondiente al Dr. Davies (64). En Escocia, el profesor MASON apoyó esta tesis y manifestó que debería permitirse la maternidad de sustitución siempre que se realizara por razones médicas ; que fuera realizada por un médico, en un hospital con licencia para llevar a cabo la inseminación artificial o la FIV; que los arreglos y gestiones para celebrar el contrato se realicen a través de una agencia con fines no

pecuniarios; que la criatura se ofrezca en adopción a la esposa de aquel cuyo semen fue utilizado para inseminar a la madre biológica; que, en la eventualidad de que la madre subrogada se niegue a entregar a la criatura, pueda imponer su decisión final (65).

En 1985, se dictó una Ley (Surrogate Arragements Act) que declaró ilegales las agencias comerciales, gestores y anuncios de subrogación, castigando como ofensa penal la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar los contratos onerosos de maternidad subrogada. Esta ley no considera ilícitos estos contratos cuando no se actúa por interés económico o finalidad comercial.

En Alemania, el Informe Benda rechaza la maternidad subrogada, porque considera que durante el embarazo se produce una estrecha relación entre madre e hijo, que va a ser esencial para el posterior desarrollo psicológico del niño y que va a ser interrumpida por la entrega de la criatura a otra mujer, después de su nacimiento (66).

La Ley alemana sobre Embriones e Ingeniería genética prohíbe la maternidad subrogada. No prevé un castigo para la mujer que accede a este tipo de contrato, pero establece penas de hasta tres años de cárcel para el médico que lleva a cabo la operación (67).

En Francia, la Proposición de Ley presentada a la Asamblea Nacional francesa, en mayo de 1984, establece la nulidad de

pleno derecho de todo contrato de subrogación que trate acerca de la concepción de un niño, fecundación y embarazo de la mujer.

El Comité Consultivo de Etica para las Ciencias Médicas del Ministerio de Salud, el 23 de octubre de 1984 señaló que la práctica de la maternidad subrogada es ilícita en un Estado de Derecho. Por ello, recomendó no recurrir al procedimiento de las madres de sustitución y puso de relieve que un 51 % de la población es contraria a esta técnica (68).

Por su parte, el Tribunal de Apelación de París, en contradicción con la doctrina sostenida por el Consejo de Estado francés y el Comité Nacional de Etica , el 15 de junio de 1990 concedió la adopción de dos niñas nacidas por maternidad subrogada a las esposas de los padres biológicos. La sentencia consideró que la adopción de Marie y Elise era legal, desde el momento en que "la madre natural renuncia a los derechos sobre el niño que le reconoce la ley por un acto de abandono voluntario y definitivo".

El Tribunal de Apelación entendió, por otra parte, que la donación de un niño puede ser jurídicamente semejante a la donación de un órgano, admitida por la ley y, en este caso, si el contrato estipulado entre una pareja y una madre de sustitución no tiene fines lucrativos, no existe daño social. Esta sentencia, que de alguna manera admite el carácter lícito de la maternidad subrogada, se opone a otra emitida en Francia en 1988 en que se negó la legalidad a

una asociación creada para favorecer los contratos de maternidad por sustitución y se consideró que estos contratos eran ilícitos, aunque se realizaran desinteresadamente (69).

En Italia, la mayor parte de las Propositiones de ley en materia de fecundación asistida no tratan el tema de la maternidad subrogada. Sólo las Propositiones de Ley presentadas por el grupo Liberal y la segunda Proposition Ministerial se refieren a ella. El art. 89 de la Proposition Liberal prohíbe la práctica médica que pueda derivar en la existencia de una madre de sustitución.

La segunda Proposition Ministerial de 22 de noviembre de 1985 prohíbe la maternidad subrogada. En su art. 34, párrafo primero, prohíbe el acuerdo por el cual a una mujer se le insemine utilizando su óvulo para llevar a cabo un embarazo y parto, para luego ceder el nacido a otra pareja aunque sea gratuitamente. En el párrafo segundo, prohíbe el acuerdo por el cual a una mujer se le transfiere un embrión - formado por fecundación <in vitro> con gametos de la pareja contratante - para realizar la gestación y parto, obligándose a entregar el nacido a la pareja contratante. Si pese a las prohibiciones y sanciones, la madre subrogada cede al hijo, se equipara a la situación de abandono y, por tanto, el Tribunal puede declarar el estado de adoptabilidad del menor y atribuir su custodia a la pareja más idónea, sin preferencia ni prohibición por la pareja a la que el niño había cedido.

Por su parte, el Tribunal de Monza (Italia) consideró nulo el contrato de maternidad subrogada entre un matrimonio que no podía tener hijos y una mujer que aceptó, previo pago de dinero, ser inseminada con semen del hombre de la pareja contratante. Un mes antes del nacimiento de la criatura, la madre subrogada decidió quedarse con el niño que naciera. La Sentencia señala que "un hijo es un bien del que no se puede disponer y (...) no está sujeto a un contrato, por lo que la niña es de su madre biológica" . Asimismo, la Sentencia permite al padre biológico reconocer a su hija (70).

En Suecia, el Informe sobre " Niños concebidos por fecundación <in vitro> y madres portadoras " consideró que la maternidad subrogada es contraria a los principios básicos del derecho sueco, según el cual la mujer que da a luz es su madre. Si otra persona propone encargarse del niño, el único cauce posible es la adopción, la cual no se autoriza sobre la base de un contrato de sustitución de maternidad. (71) .

La Ponencia sobre Procreación Artificial, presentada por la delegación austriaca a la Conferencia sobre "Los efectos de los avances de la ciencia y la tecnología en los seres humanos", señalaba que la maternidad subrogada no se puede aceptar porque recuerda la esclavitud y la prostitución . Agrega que, desde el punto de vista de la dignidad humana, no se puede aceptar el tratamiento del no nacido como si fuera un objeto sujeto a transacciones comerciales y que

son previsibles las consecuencias psicosomáticas y psicosociales negativas para el niño (72).

Por su parte, el Informe del Comité de expertos en problemas éticos y legales relativos a la genética humana (CAHGE), propuso en el Principio 13 dos alternativas frente al tratamiento que debe darse a la maternidad subrogada. La alternativa I indica que la inseminación artificial de una madre subrogada puede autorizarse si :

- a) se hace exclusivamente en base a la benevolencia
- b) la madre subrogada tiene la facultad de quedarse con el niño al nacimiento, si lo desea y
- c) cualquier convenio de acuerdo, en el cual la madre se obliga a entregar al niño, es inválido y nulo.

Alternativa II : la inseminación artificial de una madre subrogada no debe autorizarse.

El Informe del CAHBI recomendaba prohibir la utilización de las técnicas de maternidad subrogada, las agencias de intermediarios y declarar la nulidad del contrato entre la madre subrogada y la pareja contratante, debiendo preverse sanciones adecuadas para el caso de que estas normas se contravengan. Sin embargo, si la madre subrogada actúa por razones humanitarias, recomienda que la ley nacional prevea la posibilidad de que pueda quedarse con el hijo si lo desea (73).

Por su parte, la Iglesia Católica, a través de la Instrucción sobre "El respeto de la vida humana naciente y

la dignidad de la procreación", considera ilícita la maternidad de sustitución porque "es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana" . Agrega que "la maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado y traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen" (74).

En España, el Informe de la Comisión especial del Congreso español -Informe Palacios- analizó los pro y contra de la maternidad de sustitución. Señaló, como justificación de ella, que las personas adultas son libres para decidir su reproducción y que impedírselo significa privarles del derecho a satisfacer sus deseos de maternidad y paternidad, en circunstancias que la ciencia puede remediar su esterilidad con esta forma de gestación. Además, en el caso de las portadoras las privaría de poder realizar una acción humanitaria, solidaria con los demás. Al mismo tiempo, indica como razones para rechazar este tipo de gestación que no respeta la unidad de valor que se da en la maternidad, implicando una doble maternidad que debe evitarse. Agrega, que este tipo de gestación constituye una manipulación del cuerpo femenino, inadmisibles en una sociedad democrática y justa (75).

Este Informe deja constancia de que existen voces aisladas que abogan por la defensa de la maternidad de sustitución, indicando que este tipo de maternidad debe permitirse, garantizando y vigilando que sea en forma desinteresada, solidaria y sólo para parejas estériles (76).

Después de establecer los pros y los contras de la maternidad de sustitución, el Informe se muestra partidario de prohibir este tipo de gestación en cualquier circunstancia. Las actuaciones que, de un modo u otro, faciliten su realización, con la participación de médicos, paramédicos y Centros, deben ser sancionadas severamente (77).

Dicho Informe señaló en sus recomendaciones:

Nº115: "Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia".

Nº116: "Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propicien, y los equipos médicos que las realicen".

Nº117: "Deberán ser objeto de sanción los Centros Sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución".

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista, en consonancia con el Informe del Congreso español y demás Informes de países europeos, prohíbe la maternidad subrogada, incluyendo aquella con fines filantrópicos. Pero, como ya lo señaláramos, esta proposición no hace referencia expresa al contrato de sustitución.

En el Párrafo III de la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley se señalaba que, en el caso de la maternidad subrogada, "surge la interrogante de que si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas". La Proposición de Ley en su Disposición Adicional Segunda prohíbe estos contratos y señala que las personas que, de un modo u otro, participen en un acuerdo de sustitución, sean agencias, Equipos Médicos y Centros o Servicios, serán objeto de sanción administrativa, civil o penal, según la responsabilidad sancionable contraída. Al mismo tiempo, establece que será madre legal la que dé a luz al hijo.

Dice la Disposición Adicional Segunda:

1.- Se prohíbe la utilización de las técnicas de reproducción asistida para la gestación de sustitución.

2.- Serán objeto de sanción administrativa, civil o penal, según la responsabilidad sancionable contraída con sus actuaciones, las personas que de un modo u otro participen en un acuerdo de gestación de sustitución, así como las agencias o instituciones que las propicien, los Equipos biomédico y los Centros que las realicen y los Centros o Servicios donde éstos actúen con tal finalidad.

3.- Si pese a ello se realiza la gestación de sustitución y hubiera descendencia, la madre legal será la gestante, y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad.

Esta Disposición Adicional Segunda tuvo varias enmiendas, siendo todas rechazadas (78), salvo las presentadas por el Grupo Socialista. La enmienda NQ383 de Adición decía: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que convenga con precio o sin precio, la misma".

La enmienda N° 384 fue de modificación: cambió el término "madre gestante" por "madre que da a luz". El Informe de la Ponencia acogió ambas enmiendas, las que fueron aprobadas por la Comisión de Política Social y Empleo.

La Proposición remitida al Senado decía, en la Disposición Adicional Segunda:

1.- Se prohíbe la utilización de las técnicas de reproducción asistida para la gestación de sustitución. Será nulo de pleno derecho el contrato que contravenga, con precio o sin precio, la misma.

2.- Serán objeto de sanciones administrativas, civil o penal, según la responsabilidad sancionable contraída con sus actuaciones, las personas que de un modo u otro participen en un acuerdo de gestación de sustitución, así como las agencias o instituciones que las propicien, los Equipos biomédicos que las realicen y los Centros o Servicios donde éstos actuaren con tal finalidad.

3.- Si pese a ello se realiza la gestación de sustitución y hubiere descendencia, la madre legal será la que dió a luz, y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad.

En el Senado se aceptaron dos enmiendas propuestas por el Grupo Socialista (79). La N° 121, que suprime la Disposición Adicional Segunda y la 116, que añade un nuevo artículo 9 bis por el cual se eliminan las sanciones administrativas, civiles o penales para las personas, agencias, equipos médicos y Centros que intervengan en la gestación de sustitución.

Dice el art. 9 bis:

1.- Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la

filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

2.- La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3.- Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta nueva redacción fue aceptada por el Dictamen de la Comisión, pero dándole una nueva ubicación dentro del capítulo III, dejándolo como artículo 10. Este artículo fue aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados y constituye el art. 10 de la ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Llama la atención que esta Ley no contenga sanciones penales para los intermediarios, equipos de médicos y Centros especializados que posibiliten o realicen esta técnica de maternidad subrogada. Se puede entender que no existan sanciones para los miembros de la pareja contratante, quienes, en su afán por tener un hijo, pueden no cuestionarse la utilización de otra mujer. También es comprensible la ausencia de sanción para la madre subrogada, en cuanto ésta muchas veces lo hace por necesidad económica y ya bastante sanción debe ser para ella el entregar a un hijo. Pero, no se puede entender que la participación de intermediarios que tienen un objetivo lucrativo o comercial, o la de médicos y Centros que realicen un acto que contraviene la Ley, no sean castigados penalmente. Conductas de este tipo requieren de sanciones disuasivas, respecto a los posibles participantes en actividades como las que se analizan. Así lo ha entendido

la Ley alemana sobre Embriones e Ingeniería genética, donde se castiga hasta con tres años de cárcel a los equipos médicos y responsables de Centros que realicen una maternidad de sustitución.

5.- FILIACION DE LOS HIJOS NACIDOS POR MATERNIDAD

SUBROGADA:

Como reseñáramos en el capítulo sobre filiación, el principio paulino de " mater semper certa est" fue enunciado para el caso en que el óvulo de una mujer era fecundado a través de una relación sexual. Una vez fecundado el óvulo, la mujer gestaba el embrión y alumbraba el hijo. Con la maternidad subrogada se presenta una nueva realidad: la existencia de una mujer que, en principio, no desea un hijo, no realiza un acto sexual, aporta o no su óvulo para la concepción de la criatura, pero pone su organismo para la gestación de un hijo que entregará a otra mujer que no puede gestar (80).

Al respecto, se pueden presentar tres supuestos:

Un primer supuesto sería que en la pareja que decide utilizar este método, ella aportara sus gametos para la producción del embrión que va a ser transferido a la madre sustituta. Surge el problema de decidir si la verdadera madre es la que aportó el óvulo - madre genética - o la que gestó y dió a luz la criatura. Coinciden así madre genética y mujer de la pareja comitente (mujer que contrata la maternidad subrogada).

Un segundo supuesto se da cuando la madre subrogada aporta su óvulo fecundado con semen del varón de la pareja comitente. Coinciden en este caso, la madre genética con la gestacional y aquí se trataría de una venta de hijo revestida con otro nombre para ser aceptada socialmente.

Y un tercer supuesto se presenta cuando a la madre subrogada se le transfiere un embrión con gametos de una tercera mujer: intervienen tres mujeres : madre genética (la dueña del óvulo) , madre gestante (la que gestó a la criatura) y mujer de la pareja comitente que quiere ser la madre legal de la criatura nacida.

Con la existencia de más de una mujer en la concepción , gestación y alumbramiento de una criatura se trunca el principio válido , hasta ahora , de que la maternidad siempre es cierta, ya que la maternidad genética y la de gestación no coinciden en una misma mujer.

Gran parte de la doctrina considera que debe ser madre la mujer que dé a luz, aunque exista un contrato por el que la gestante renuncie expresamente a todos los derechos sobre la criatura que ha gestado. Así, SILVA RUIZ se decanta en favor de la madre gestante, que parirá a la criatura. A su juicio, prima el componente gestacional sobre el genético. La gestante lleva a la criatura en su vientre durante varios meses, protegiéndolo fisiológica y psicológicamente (82).

Para la determinación de la maternidad y paternidad en la maternidad subrogada o de sutitución tendremos,

primeramente, que establecer si se considera válido o nulo el contrato de subrogación.

a) Si consideramos válido este tipo de contrato, se presentan dos posibilidades , al respecto:

1.- Existencia de un solo contrato , el de subrogación, donde la atribución de la maternidad y paternidad se determinará por lo estipulado por las partes contratantes (pareja comitente y madre subrogada o de sustitución).

Es decir, la paternidad y maternidad se imputará a la pareja comitente en virtud de lo acordado en el contrato y la madre subrogada no tendrá ningún derecho sobre el niño, en virtud de renuncia expresa en el contrato. La determinación de la filiación matrimonial o no matrimonial, funcionará en relación a si la pareja comitente está casada o no.

2.- La segunda posibilidad surge cuando el contrato de subrogación es la base para la posterior adopción del hijo, por parte de la pareja comitente o por un miembro de ella. Esta situación es la que se practica actualmente en los Estados Unidos.

Se establece un contrato de subrogación entre la pareja comitente y la madre subrogada. Generalmente, el hombre de la pareja comitente aporta sus gametos para inseminar a la madre subrogada. En el contrato se estipula que la madre subrogada renuncia a sus derechos sobre el niño ,entregando la custodia al padre biológico. La determinación de la paternidad se establece inscribiendo al niño como hijo no matrimonial del hombre de la pareja comitente (padre

biológico). Una vez determinada la paternidad, la cónyuge iniciará los trámites de adopción de la criatura.

b) Si pese a considerar nulo o inexistente el contrato de subrogación, este tipo de maternidad se lleva a cabo y nace una criatura, ¿cómo determinaremos quién es su padre y su madre?

Gran parte de la doctrina consideraba, antes de que se dictara la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que el hecho del parto determina la maternidad. Así, LACRUZ opinaba que "el alquiler de útero es un contrato que la ley no puede reconocer" (...) pero "persiste el problema de determinar la maternidad" (...) y "somos muchos los que pensamos que los nueve meses de gestación son motivo más que suficiente para que así ocurra, aunque el óvulo proceda de otra mujer. Por supuesto, nada impediría a la madre de alquiler cumplir el contrato y dar en adopción el hijo que parió pero madre natural sigue siendo ella y ningún juez podrá arrebatárle la maternidad ni sus derechos" (82).

HERNANDEZ, comentando la posición de LACRUZ, se pregunta si es posible la adopción pre-natal. Esta autora indica que la reforma de la adopción por Ley 21/1987 de noviembre no ha regulado la adopción pre-natal (83)

El art. 177.2.29 establece que "el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días después del parto" . De esta disposición se deduce que no cabe la adopción pre-natal ni el consentimiento inmediato para adoptar, puesto que la ley exige como requisito un plazo de treinta días.

El grupo parlamentario Popular presentó una Proposición de Ley donde se autorizaba la adopción pre-natal, (84), pero ésta no prosperó.

Decía el art. 175.3: "sólo pueden ser adoptados los menores de edad salvo en los supuestos siguientes: a) El concebido y no nacido siempre y cuando medien los consentimientos previstos en el art. siguiente y no existiendo acción en contra de los padres del adoptado en las 48 horas siguientes al momento del alumbramiento" .

En el Parlamento de Cataluña , también se presentó una Proposición de Ley que autorizaba la adopción pre-natal.

Decía el art. 89 a) " Madre será la mujer que haya parido al hijo pero si éste proviene del óvulo de otra mujer, podrá iniciarse inmediatamente después del nacimiento el procedimiento legal de adopción por parte de los padres genéticos" (85).

VIDAL MARTINEZ y BERCOVITZ consideran que la adopción es la única forma de asumir la maternidad, por la mujer de la pareja comitente. Al respecto, VIDAL MARTINEZ señala que debe considerarse que correspondiendo siempre la maternidad a la mujer que da a luz, el único modo de que la que hace el encargo llegue a ser madre legal sería a través de la adopción, especialmente si hubo aportación de óvulo (86).Y BERCOVITZ considera que madre es la que gestó el embrión y que, previo el embarazo, da a luz. Ello, unido a la facilidad con que en principio se puede probar el hecho del parto y la identidad del hijo, implica necesariamente que

la única forma de asumir la maternidad en estos casos, por quien desea hacerlo, es la adopción, tanto si de esa persona procede el óvulo, como si no es así, y procede de la gestante o de una tercera mujer (87).

La solución de que la mujer de la pareja comitente adopte al hijo para asumir la maternidad, presenta dificultades después de la reforma de la adopción, ya que la Ley en su art. 176 N° 2 señala que "Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública". Pudiera ocurrir que la pareja comitente no fuera seleccionada por la entidad pública para ser los adoptantes de la criatura encargada.

En el caso de que el hombre de la pareja comitente fuera el padre biológico de la criatura encargada, se podría solucionar el problema de la adopción, determinando previamente la paternidad respecto al hijo encargado. Una vez determinada la paternidad, su cónyuge podrá solicitar la adopción del hijo de su marido, acogiéndose a las excepciones contempladas para recurrir a la Entidad Pública, establecidas en el art.176 N°2.2ª. Dice la norma mencionada: "No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptado concorra alguna de las circunstancias siguientes:

(...)

2ª Ser hijo del consorte del adoptante".

Un sector de la doctrina distingue entre la mujer que aporta su óvulo y lleva a cabo la gestación y aquella que entrega su óvulo para que a través de una FIVTE se

transfiera a una madre subrogada y ésta geste al hijo. Así, MORENO LUQUE considera que debería matizarse la solución de considerar madre a la mujer que da a luz, de manera que, en el caso de alquiler de útero sin aportación de óvulo, puedan primar los padres que desean tener el hijo sobre la mujer que únicamente lo gestó, sin distinguir si el embrión es fruto de éstos o si ha habido un donante de óvulo (88).

Coincide en este planteamiento MERINO GUTIERREZ, quien opina que madre es la que dió a luz, pero si la mujer de la pareja comitente aportó su óvulo para la formación del embrión que va a ser transferido a la madre subrogada, quién lo hace de forma gratuita, debería permitirse la acción de reclamación de la maternidad (89).

LLEDO plantea que debe primar la maternidad biológica sobre la gestante y considera que debe tener la maternidad legal la mujer que haya aportado el óvulo, con independencia de que luego lo haya gestado o no (90). HERNANDEZ, comentando esta opinión de LLEDO, señala que no la comparte totalmente, puesto que la maternidad legal debería corresponder siempre a la persona que la ha querido para sí; sin embargo, coincide en el supuesto de que si la persona que ha pactado dicha maternidad legal es la que ha aportado el óvulo, ésta ostente la maternidad legal (91).

MONTES FENADES considera que se debe partir de la idea de que la maternidad corresponde a la madre que alumbró o gestante, pero que no debe impedirse en ciertos casos una

eventual reclamación frente a los padres, sobre todo cuando por fallecimiento o por imposibilidad de la madre que alumbró haya de quedar sin protección el niño habido como consecuencia de la utilización de esta técnica (92).

En las sesiones del Grupo de Trabajo de la D.G.R.N, tanto D^{ña} PICAZO como D^{ña} DEL CORRAL coincidieron en considerar madre a la mujer que pare. Disintió de esta posición PÉRA BERNALDO DE QUIROS, sosteniendo que 1º) las prácticas ilícitas sobre embriones deben encontrar su sanción en los que las realizan y no en el status del hijo inocente, 2º) en el supuesto que marido y mujer hayan aportado lo mismo (sus gametos y la voluntad de tener un hijo) no se explica por qué, respecto del varón, ello ha de ser suficiente para que jurídicamente pueda establecerse la paternidad y no sea suficiente, en cambio, respecto de la mujer, para establecer la maternidad, 3º) naturalmente, el parto seguirá siendo signo suficiente y ordinario de la verdadera maternidad pero, en casos determinados y con las garantías suficientes, puede ser más práctico inscribir directamente como madre a la mujer de quien procede la semilla, que inscribir como tal a la que da a luz para, después, en expediente, rectificar la inscripción, 4º) asignar como madre a la que pare, produciría distorsiones porque padre habrá de ser quien no es su marido (93).

La tesis más compartida del Grupo de Trabajo de la D.G.R.N fue considerar "al nacido, por voluntad de una pareja casada, con gametos del marido y de la mujer, pero gestado

en vientre ajeno, como hijo del matrimonio". En este caso madre es la genética y no la que pare (94).

Por su parte, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista al Congreso de los Diputados en su Disposición Adicional Segunda Nº 3 regula: "Si, pese a ello, se realiza la gestación de sustitución y hubiera descendencia, la madre será la gestante, y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad" .

Esta disposición tuvo varias enmiendas, pero todas fueron rechazadas excepto la Nº384 , presentada por el Grupo Socialista, que cambió las palabras "madre gestante" por "mujer que dió a luz". El Informe de la ponencia acogió el cambio.

HERNANDEZ, analizando el Nº 3 de la Disposición Adicional Segunda de la Proposición, considera que debe ser madre aquella persona que en el contrato estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no. Agrega, esta autora, que si bien es cierto que en esta última situación se rompe el principio de que madre es la que da a luz y de que la madre es siempre cierta, esto no debería constituir un obstáculo para otorgarle la maternidad a otra persona, pues nos encontramos ante una nueva situación que no tiene por qué solucionarse siguiendo las mismas coordenadas que las que se derivan de la maternidad natural (95). Tampoco le parece razonable que estos niños carezcan de padre desde antes de

su nacimiento, pues cree que les asiste el derecho a tener un padre, máxime cuando se conoce quién es y éste no rechaza su responsabilidad (96). Considera que si el contrato lo ha realizado una mujer que desea ostentar la maternidad legal con otra que va a llevar a cabo la gestación, la paternidad debe corresponder al marido o compañero que forma pareja estable con la primera, tanto si éste aporta los gametos, como si el óvulo es de su mujer o compañera o si es de la mujer gestante (97).

Por su parte, MORD ALMARAZ considera que el N° 3 de la Disposición Adicional Segunda se queda corto al regular la maternidad de sustitución, porque debería haber previsto el supuesto de que el óvulo lo aportara quien no gestó, pero pretende ser madre legal. Estando de acuerdo la mujer que gestó, incluso estando dispuesta a abandonar a un hijo que no considera como propio, la Proposición debió haber establecido un procedimiento breve de adopción que no se sujetase a los requisitos actuales de la normativa al efecto (98).

En el trámite de la proposición en el Senado, como ya señaláramos, se suprimió la Disposición Adicional Segunda y se añadió un nuevo artículo 10, ubicándolo en el capítulo III y que pasó a ser el art.10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Como se ha indicado, esta ley, que regula las técnicas de fecundación asistida, prohíbe la utilización de la maternidad subrogada o de sustitución en el N°1 del art.

10. Dice el art.10.1: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero" . Por tanto, para esta Ley es nulo de pleno derecho y sin valor cualquier contrato por el que se convenga gestar un hijo, sea en forma gratuita u onerosa, para otra mujer y en el que la primera renuncie a sus derechos materno-filiales en favor de la segunda. Además, de esta Disposición se infiere que no cabe exigir ni la entrega de la criatura nacida , ni las prestaciones económicas pactadas, amparándose en lo estipulado en el contrato. Asimismo, serán nulos los pactos sobre ciertas obligaciones de la madre subrogada como la de abstenerse de fumar, de beber o de abortar.

Si a pesar de considerarse nulo de pleno derecho el contrato de subrogación se emplea la maternidad de sustitución, la filiación de los hijos será determinada por el parto, sin tomar en consideración los intereses de la pareja comitente o contratante.

Prescribe el art. 10 NQ2 que "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto".

Por tanto, la LTRA identifica a la madre legal con la mujer que gesta y da a luz a la criatura, con independencia de la procedencia del óvulo o embrión. Con esto se otorga preponderancia a la maternidad de gestación frente a la maternidad genética. A la madre genética no se le concede ninguna acción para reclamar su maternidad.

Al respecto, RIVERO considera que desde un punto de vista jurídico, no hay nada que objetar a que la Ley se haya decantado por el parto para determinar la maternidad, puesto que es el sistema más seguro y aceptado. A su vez, coincide con lo establecido en el art. 47 de la LRC y es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier convenio sobre gestación de sustitución. Al mismo tiempo, es solución disuasoria frente a quienes pretenden saltarse la ley (99).

HERNANDEZ disiente de la ley en cuanto a la determinación de la maternidad por el parto. Opina que la Ley debió considerar como madre a aquella persona que, en el contrato, estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no. De lo contrario, señala esta autora, se está yendo en contra de la regla que se aplica para la atribución de la paternidad-maternidad en los casos en que se recurre a la inseminación artificial y fecundación <in vitro> (100).

Es lógico que, si la ley prohíbe la maternidad de sustitución, establezca un sistema de determinación de la maternidad que sea disuasorio para los que quieran recurrir a esta técnica ; de lo contrario, la prohibición sería letra muerta y las parejas estériles recurrirían a ella a pesar de no estar permitida.

La determinación de la filiación matrimonial o no matrimonial del hijo que nazca, se hará de acuerdo a si la madre de sustitución está casada o no.

- Si la madre de sustitución está casada, el hijo tendrá la consideración de hijo matrimonial de ella y de su marido (art. 108 y 116 del CC)

- Si la madre de sustitución es soltera, el hijo tendrá la consideración de hijo no matrimonial de la madre, de acuerdo al art. 108, 120.4 del CC y 47 de la LRC).

Para determinar la paternidad de la criatura que ha nacido por maternidad de sustitución tendremos que distinguir si la madre gestante está casada o no.

- Si la madre de sustitución está casada, se atribuirá la paternidad a su marido, por aplicación del art.116 del CC. Por tanto, el hijo tendrá la consideación de hijo matrimonial de la madre de sustitución y del marido de ésta.

El desencadenamiento de la presunción de paternidad operará tanto si el hombre hubiese expresado su consentimiento para que su cónyuge fuera madre sustituta (sin ninguna validez porque el contrato es nulo) como si, por el contrario, no hubiese sido parte en dicho contrato. Esto, porque a los efectos legales, el hijo nacido durante el matrimonio se le reputa matrimonial (101).

Frente a la atribución legal de la paternidad, puede el marido accionar contra ésta, impugnando su paternidad de acuerdo al art. 136 del CC; es decir destruyendo la presunción establecida en el art.116 del CC.

- Si la mujer no está casada, no habrá paternidad legalmente determinada.

El padre biológico (generalmente, hombre de la pareja comitente) podrá reconocer al hijo por cualesquiera de los medios previstos en el art. 120 del CC (sea en forma solemne o por expediente registral establecido en el art. 49 de la LRC), quedando determinada la filiación del hijo como no matrimonial de la madre de sustitución y del hombre de la pareja comitente.

En este caso, si la madre sustituta sigue pensando en entregar su hijo a la pareja comitente, podrá la cónyuge del padre biológico solicitar la adopción del hijo de su marido, de acuerdo a lo establecido en el art. 176.2.2ª de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifica la adopción.

Dice el art.176.2: "Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública.

No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptado concorra alguna de las circunstancias siguientes:

(...)

2ª Ser hijo del consorte del adoptante".

Atribuida la maternidad jurídica a la madre sustituta, ahora madre legal y la paternidad al padre biológico (varón de la pareja comitente), si la madre subrogada desea entregar el cuidado del hijo al padre biológico para después entregarlo en adopción de la cónyuge del padre biológico podrá hacerlo. Pero, si ésta se niega a entregarlo, de acuerdo a lo prescrito en el art. 159 del C.C. será el juez quien decide con qué progenitor quedará

el niño, tomando en cuenta siempre el beneficio de éste. Dice el art. 159: "Si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, el juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años" .

En relación a la impugnación de la maternidad, la madre de sustitución no está legitimada para impugnar su propia maternidad, aunque se le haya transferido un embrión formado con el óvulo de la mujer de la pareja comitente o de una tercera mujer, porque la maternidad se determina por el parto. Así, tanto la madre genética como la de gestación no están legitimadas para entablar la acción de impugnación de la maternidad.

Por su parte, el hijo podrá impugnar su filiación matrimonial paterna de acuerdo al art. 137 del CC y reclamar la filiación no matrimonial de su padre biológico, según los arts. 133 del CC y 10 N°3 de la LTRA.

El art. 10 N°2 señala que "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico, conforme a las reglas generales".

SERRANO ALONSO considera desafortunada la regla establecida en el N°3 del art.10, pues distorsiona el sistema de la propia ley, puesto que si ésta establece en el N°1, de este artículo, la nulidad del contrato, no se comprende bien

como a pesar de tal nulidad pueda concederse al nacido una acción de reclamación de paternidad contra el padre biológico (102).

Desde otro punto de vista, RIVERO considera que cuando en esta disposición se señala que la acción de reclamación de la paternidad se regirá "conforme a las reglas generales" se está remitiendo tanto a las normas del código civil sobre este tema como a las del art.8 de la LTRA. En cuanto a la frase "la posible acción ... respecto al padre biológico", este autor considera, que podría significar que puede reclamar la paternidad el que aportó el semen para la fecundación y a su vez que puede dirigirse la acción contra él, si es conocido (103).

Si la LTRA ha prohibido la maternidad de sustitución, quiere decir que la regulación de la filiación de los hijos nacidos por esta técnica no entra dentro del régimen especial establecido en la Ley ; no se le aplicaría el art.7.1 de la LTRA ("La filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo las especialidades contenidas en este artículo") . Luego, tanto la atribución de la paternidad-maternidad y las acciones de filiación deben regirse por las normas generales establecidas en el Código Civil.

Por tanto, en el caso de que el padre biológico se niegue a reconocer al hijo nacido por esta técnica, éste podrá entablar la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, de acuerdo a los arts. 133 del CC .

NOTAS

- (1) Informe sobre la disposición de embriones producidos por fecundación <in vitro>, conocido con el nombre de Informe Waller, ya cit. p.49
- (2) GREENBERG,L y HIRSH,H
"Surrogate motherhood and artificial insemination: contractual implication" en Medical Trial Technique Quarterly, v:49, 1983, p.p.149 y 150
- (3) WILLIAMS,J
"Differential treatment of men and womwn by artificial reproduction Statutes" en Tulsa Law Journal Vol:21:463 1986, p.468
- (4) Una solución es la FIV con espermatozoides y óvulo de la pareja contratante y posterior implantación del embrión en una madre subrogada para que lleve a cabo la gestación.
- (5) Puede realizarse una FIV con espermatozoides y óvulo de donantes y posterior implantación del embrión en una madre subrogada.
- (6) Se puede transferir dicho embrión a una madre subrogada.
- (7) Diario ABC 27 de mayo de 1989, p.40
- (8) MORO ALMARAZ,M.J
"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", ya cit.p.260
FERNANDEZ-PACHECO,M.T
"La maternidad subrogada en norteamérica: la sentencia de Baby M" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia Nº5, mayo de 1988, p.651
- (9) LACRUZ BERDEJO,J.L
"Hijos artificiales y madres de alquiler, Diario ABC, 6 de mayo de 1987, p.32
- (10) CLARKE,R
"Les enfants de la science" , Stock, París,p.111
- (11) Génesis 16:1-6 y 30:1-24

- (12) FERNANDEZ-PACHECO, M.T
 "La maternidad subrogada en norteamérica :la sentencia de Baby M", ya cit, p.654.
 Esta autora señala que grupos feministas consideran que la maternidad subrogada supone la explotación y manipulación económica de un grupo de mujeres necesitadas y dispuestas a vender su capacidad reproductora.
- (13) TABOADA, L
 "La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fecundación <in vitro>" , Icaria Editorial S.A, Barcelona, 1984, p.37
- (14) DEXEUS, S
 Cortes generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1985, II Legislatura, Sesión Nº346 de 23 de octubre de 1985, p.10648
- (15) WALLIS, C
 "Los nuevos orígenes de la vida" en Revista TIME , 10 de septiembre de 1984. A propósito de una madre subrogada: Valerie dice que se está condicionando a sí misma para no ligarse demasiado al bebe por no ser de su marido y no tener los mismos sentimientos que si fuera de ellos. No quiero verlo al nacer, tal vez, una fotografía más adelante.
- (16) VIDAL GARCIA, M
 Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 376 de 26 de noviembre de 1985, p.11480
- (17) ROCA TRIAS, E
 "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", ya cit, p.46
- (18) ROBERT, J
 "La revolution biologique et génétique face aux exigences du Droit", Actes Sud, Arles, 1985
 citado por PELAYO DUQUE, M.D Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1985, II Legislatura, Sesión Nº 367 celebrada el 14 de noviembre de 1985, p.11175
- (19) BARRI, F
 Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº346 celebrada el 23 de octubre de 1985, p.10648

- (20) USANDIZAGA,J
Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº346 celebrada el 23 de octubre de 1985, p.10652
- (21) PANTALEON PRIETO,F
"Procreación artificial y responsabilidad civil", ya cit. p.261
- (22) EGOSCUE,J
Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados , Madrid, 1985
- (23) Diario ABC, 1 de marzo de 1987, p.p. 60 y 61
- (24) Diario YA ,27 de octubre de 1988, p.20
- (25) Diario El PAIS, 2 de octubre de 1987 p.17 y Revista INTERVIU de 3 de junio de 1987, p.p.74 y 75
- (26) Doctrina española:
 - LACRUZ BERDEJO ,J
"Hijos artificiales y madres de alquiler, ya cit.p.33
 - SANCHO REBULLIDA,F
"Aspectos jurídicos de la FIV y la I.A humanas",ya cit, p.8
 - VIDAL MARTINEZ,J
"Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil", ya cit, p.3729
 - GAFO,CASTAN,VASQUEZ y OTROS
"Nuevas técnicas de reproducción humana" , ya cit, p.p. 131 y 132
 - FERNANDEZ-PACHECO ,M.T
"La maternidad subrogada en norteamérica: la sentencia de Baby M", ya cit, p.p.681 y 682
 - RIVERO HERNANDEZ,F
"Aspectos jurídicos privados más relevantes de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín de Información Ministerio de Justicia Nº 1517, febrero 1989, p.570
 - MONTES FENADES,V
"El consentimiento de las nuevas técnicas de técnicas de reproducción humana", ya cit, p.196
 - PANTALEON PRIETO,F
"Procreación artificial y responsabilidad civil" ,ya cit. p.261
 - HERNANDEZ IBÁÑEZ,C
"La atribución de la maternidad en la gestación contratada" , ya cit,p.p. 444 y 445

MORENO-LUQUE, C

"Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida", ya cit. p.428

MORO ALMARAZ, M.J

"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", ya cit. p.p.265 y 266

PERA Y BERNALDO DE QUIROS, M (en colaboración)

"Aspectos civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>" , D.G.R.N, ya cit. p.21 ; MERINO, "Los consentimientos

MERINO GUTIERREZ, A

"Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida", ya cit. p.440

(27) Doctrina europea:

RUBELLIN-DEVICHI, J

"La gestation pour le compte d'autrui", ya cit.p.153

LABRUSE RIOU, C

"Don et utilisation de sperme et d'ovocytes. Le point de vue d'un juriste e Intervenciones", ya cit. p.260

SANTOSUOSSO, F

"La fecondazione artificiale umana" , ya cit. p.350

AULETTA, T

"Fecondazione artificiale: problemi e prospettive", ya cit.p.45

SEMIZZI, C

"Relievi giuridici sulla inseminazione artificiale", ya cit, p.370

HONDIUS, F

"The council of Europe's contribution to solving problems raised by human artificial procreation" ya cit,p.61

ESER, A

"La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética", ya cit, p.298

(28) KEANE, N Y BRED, D

"The surrogate mother" en Everest House Publishers, New York, 1981 p.12

(29) COLEMAN, P

"Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestion for solutions" en Tenesse Law Review 50, 1982, p.p. 71 y 75

SILVA RUIZ, P

"El derecho de la familia y la inseminación artificial in vivo e <in vitro>" en Rev. Tapia Nº 37 (monográfica sobre Derecho de Familia), diciembre 1987, p.40

(30) ROE v WADE, 410 EEUU, 113, 1973

(31) "ROE ,supra, establishes and recognizes the unique and singular quality of woman. That only woman has the constitutionally protected right to determine the manner in which her body and persons shall be used. The Surrogate parenting Agreements fails to recognize this fact, hence, the clause it contains prohibiting abortion except as allowed by the male promisor is void and unenforceable.

- (32) COLEMAN, F.
"Surrogate motherhood: analysis of the problems and problems and suggestions for solutions" ,ya cit, p. 85
- (33) PORTUONDO, J.A.
"La reproducción humana y su vacío jurídico" en Tribuna Médica Nº 1070, 22 de febrero de 1985, p.14
- (34) DE MOUZON, J.
"Informe del Instituto de Investigaciones Médicas" citado por VILA-CORO, M.D "El concebido no nacido en el orden jurídico", tesis Doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 1990, p.288
- (35) SAN SEBASTIAN, I.
"Malformaciones <in vitro>" en Revista EPOCA Nº 167 23 de mayo de 1988, p.114
- (36) ANNAS, G.
"Public Health and the Law" en American Journal of Public Health, vol:74 Nº 12, diciembre, 1984, p.14
- (37) BROPHY, K.M.
"A Surrogate mother contract to bear a child" en Journal of Family Law, vol:20, 1981-1982, p.263
- (38) GARCIA RUBIO, M.P.
"La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al derecho civil español", ya cit, p.p. 67 y 68
- (39) ENKELAAR, C.M y ROOD de BOER, M.
"Netherland Report" en Family relations in modern Medicine, XII International Congress of Comparative Law, Melbourne University, Camberra, Australia, agosto 1986, p.16
- (40) SILVA RUIZ, P.
"El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e <in vitro>", ya cit, p.14
- (41) BOUDOUIN, J.L.
"A Canadian perspective" en Family relations in modern medicine", XII International Congress of Comparative Law, Melbourne University, Camberra Australia, agosto, 1986, p.30
- (42) MORO ALMARAZ, M.J.
"Aspectos civiles de la inseminación artificial artificial y la fecundación in vitro", ya cit, p.p. 263 y 264
- (43) HERNANDEZ IBÁÑEZ, .
"La atribución de la maternidad en la gestación contratada" , ya cit, p.444

- (44) GARCIA RUBIO,M.F
"La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Civil español", ya cit, p.68
- (45) SEMIZZI,C
"Relievi giuridici sulla fecondazione in vitro-embryo transfer" , ya cit, p.756
- (46) LLEDO YAGUE,F
"Fecundación artificial y Derecho",ya cit,p.p. 150 y 151
- (47) CLAVERIA GONZALBEZ,L
"Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana", ya cit. p.p. 239 y 240
- (48) HERNANDEZ IBAÑEZ,C
"La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada en Actualidad Civil Nº48 semana 26 de diciembre-1 enero de 1989, p.p. 3042 y 3043
- (49) ANDREWS,L
"The Constitution meets the Family: the right to privacy and the regulation of reproductive technology" en American Bar Association, Section of Family Law , Annual Meeting Compendium, 1986, p.p.654 y 655
- (50) SKINNER vs. OKLAHOMA . En 1942, la Corte Suprema de Estados Unidos abolió el estatuto de Oklahoma que permitía la esterilización de ciertos criminales.
- (51) GREENBERG,J.D y HIRSH,H
"Surrogate Motherhood and artificial insemination: contractual implication", ya cit. p.151
- (52) DICKENS,B
"Legal aspects of surrogate motherhood : practices and proposals" ponencia presentada al Colloquium de Derecho Comparado, Cambridge, Reino Unido, 15-17 septiembre de 1987, p.26
- (53) COLEMEN,P
"Surrogate Motherhood:analysis of the problems and suggestions for solutions", ya cit, p.98
- (54) CROW,C
"The surrogate child: legal issues and implication for the future", en Journal of Juvenile Law, vol:7 ,1983, p.78
- (55) WILLIAMS,J
"Differential treatment of men and women by artificial reproduction statutes" , ya cit, p.p. 483 y 484

- (56) CROW,C
 "The surrogate child: legal issues and implication for the future", ya cit, p.83
- (57) In re Baby M, New Yersey Superior Court, Chancery Division, Bergen City, N9FM-25314-86E, 31 de marzo de 1987 publicado en Family Law Reporter, 7 de abril de 1987, p.13 FLR 2001 y 2019 "... the parties expressed their respective offers and acceptances to each other and reduced their understanding to a writing. If the mutual promises were not sufficient to establish a valid consideration, then certainly there was consideration when there was conception. The male gave his sperm, the female gave her effort in their -planned effort to create a child- thus, a contract..."
 "... however, once conception has occured the parties rights are fixed, the terms of the contract are firm and performance will be anticipated with the joy that only a newborn can bring..."
- (58) 13 FLR 2022 : "... rather it must be reasoned that if one has a right to procreate coitally, then one has the right to reproduce non-coitally. If it is the reproduction that is protected, then the means of reproduction are also to be protected. The value and interest underlying the creation of family are the same by what ever means obtained . This court holds that the protected means extends to the use of surrogates. The contract cannot fall because of the use of a third party..."
- (59) SILVA RUIZ,P
 "Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización <in vitro> y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos, ya cit. p.p.96 y 97
- (60) CROW,C
 "The surrogate child: legal issues and implication for the future", ya cit, p.91
- (61) SILVA RUIZ,P
 "Desarrollos recientes y tendencias del Derecho Civil para el siglo XXI en Puerto Rico", en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLII, fascículo III, Ministerio de Justicia, julio-septiembre 1989,p.903
- (62) COLEGIO REAL DE OBSTETRAS Y GINECOLOGOS
 Informe del Real Colegio de Obstetricia y ginecólogos (Royal College of Obstetricians and Gynaecologists), Comité ético en fertilización <in vitro> y transferecia de embriones, ya cit. p. 16
- (63) DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL
 Informe de la Comisión investigadora sobre la fertilización humana y la embriología", ya cit.p.47

- (64) DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL
Informe de la Comisión investigadora sobre la fertilización humana y la embriología", ya cit. p.p. 85 y 86
- (65) Observation on the Report of Warnock Committee en "The Scots Law Times", 15 de febrero de 1985, p.p.51 y 52 citado por SILVA RUIZ,P en "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler" , ya cit, p.81
- (66) Report Work Group on In Vitro Fertilisation, Genom Analysis and Gene Therapy" , conocido con el nombre de Informe Benda , ya cit, p.48
- (67) Diario EL PAIS 26 de octubre de 1990 ,p.32
- (68) RUBELLIN-DEVICHI,J
"Congélation d'embryons, fecondation <in vitro>. Mère de substitution", presentado al Colloque Génétique, procréation el Droit, realizado en París el 18 y 19 de enero de 1985, publicado en Actes Sud, Editeur Hubert Myssen, p.314
- (69) Diario EL PAIS 12 de octubre de 1990 p.23
- (70) Diario EL PAIS 9 de octubre de 1989 p.20
- (71) SVERNE,I
"Los progresos de la biotecnología y el Derecho" en Evoluciones de la Familia, Revista Internacional de Ciencias Sociales, Unesco, diciembre 1990, p.442
- (72) Conferencia sobre Derechos Humanos, Consejo de Europa, Strasburgo, 1985, MDH (85) 8, Viena, 19-20 de marzo de 1985, p.2
- (73) HONDIUS,F
"The Council of Europe's contribution to solving problems raised by human artificial procreation", ya cit, p.61
- (74) SAGRADA CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE
Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", ya cit, II Intervenciones sobre la procreación humana, A.3
- (75) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV y la inseminación artificial humanas", ya cit, p.117
- (76) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV y la inseminación artificial humanas", ya cit, p.108
- (77) CORTES GENERALES
"Informe de la Comisión especial de Estudio de la FIV y la inseminación artificial humanas", ya cit, p.123

- (78) Enmiendas Nº 251, 259 y 260 presentadas por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular y enmiendas Nº 383 y 384 presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista
- (79) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, III Legislatura, Nº 203 (d), 22 de junio de 1988, p.p. 66 y 68
- (80) RIVERO HERNANDEZ, F.
"Aspectos jurídicoprivados más relevantes de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida en Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº 1517, julio, 1989, p.571
- (81) SILVA RUIZ, P.
"Desarrollos recientes y tendencias del Derecho Civil para el siglo XXI en Puerto Rico", ya cit. p:902
- (82) LACRUZ BERDEJO, J.L.
"Hijos artificiales y madres de alquiler" ,ya cit. p.32
- (83) HERNANDEZ IBAÑEZ, C.
"La atribución de la maternidad en la gestión contratada", ya cit, p.447
- (84) Boletín Oficial de las Cortes ,15 de enero de 1986
- (85) Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, 2 de Diciembre de 1985
- (86) VIDAL MARTINEZ, J.
"Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil y panorama general", ya cit. p.3729
- (87) BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R.
"La filiación inducida y las clasificaciones legales", ya cit. p.p. 137 y 138
- (88) MORENO-LUQUE, C.
"Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena" ya cit, p.441
- (89) MERINO GUTIERREZ, A.
"Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida", ya cit. p.428
- (90) LLEDO YAGUE, F.
"Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana" en Revista La Ley, 19 de abril de 1985, p.4
- (91) HERNANDEZ IBAÑEZ, C.
"La atribución de la maternidad contratada", ya cit. p.447

- (92) MONTES PENADES,V
"El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", ya cit, p.197
- (93) MINISTERIO DE JUSTICIA
"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>",R.D.G.N, ya cit, p.p. 21 y 22
- (94) MINISTERIO DE JUSTICIA
"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>",R.D.G.N, ya cit. p.22
- (95) HERNANDEZ IBAÑEZ,C
"La filiación en la fecundación asistida:consecuencias jurídicas en torno a la misma", ya cit,p.259
- (96) HERNANDEZ IBAÑEZ,C
"La filiación en la fecundación asistida:consecuencias jurídicas en torno a la misma", p.260
- (97) HERNANDEZ IBAÑEZ,C
"La atribución de la maternidad contratada" , ya cit. p.449
- (98) MORO ALMARAZ,M.J
"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>",ya cit, p.384
- (99) RIVERO HERNANDEZ,F
"Aspectos jurídicoprivados más relevantes de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida" , ya cit, p.572
- (100) HERNANDEZ IBAÑEZ,C
"La filiación en la fecundación asistida:
consecuencias jurídicas en torno a la misma ,ya cit. p.259
- (101) LLEDO YAGUE,F
"El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo" , ya cit, p.340
- (102) SERRANO ALONSO,E
"Aspectos de la fecundación artificial" , ya cit, p.107
- (103) RIVERO HERNANDEZ,F
"Aspectos jurídicoprivados más relevantes de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción Asistida", ya cit, p.577

CONCLUSIONES

Ha sido objeto de esta memoria analizar los problemas jurídicos, especialmente de filiación, que trae consigo la aplicación de la fecundación <in vitro>.

A lo largo de este estudio se fundamentaron las siguientes posiciones:

1.- La fecundación <in vitro> es una técnica que permite la concepción de un ser humano sin que medie relación sexual entre un hombre y una mujer y se lleva a cabo fuera del vientre materno. Por tanto, produce serias alteraciones en el sistema de la filiación, que había sido regulada pensando que la procreación sólo se podía efectuar a través de la realización del acto sexual entre un hombre y una mujer. Esta técnica provoca alteraciones en la forma de determinación de la paternidad y maternidad, en el establecimiento de las presunciones de paternidad y en las acciones de filiación.

2.- En pura teoría y principios éticos el uso de la fecundación <in vitro> debe limitarse exclusivamente a los casos de esterilidad de la pareja, sea ésta matrimonial o estable, o cuando existe riesgo de transmisión de enfermedades hereditarias. Es decir, esta técnica debe ser entendida en un sentido terapéutico y no como un método alternativo de reproducción. Por tanto, solamente debe ser aplicada dentro de la pareja y no en la mujer sola, en la viuda o en la mujer sobreviviente de la pareja. Desde esta perspectiva, no cabe aceptar la maternidad subrogada.

2.- No existe un derecho a la procreación de la mujer, por el cual ella pueda exigir la utilización de esta técnica. Lo que existe es un derecho al ejercicio de la sexualidad y, dentro de este ejercicio, cabe la posibilidad o no de procrear. El derecho al ejercicio de la sexualidad se encuentra comprendido dentro del derecho fundamental del desarrollo de la personalidad, establecido en el art. 10.1 de la CE.

Si se aceptara el derecho a la procreación, éste entraría en colisión con el derecho del hijo a nacer dentro de una familia. Frente a esto debe prevalecer el interés del hijo, que es la parte más débil de la relación y la que más necesita protección.

3.-En relación a la naturaleza jurídica de lo que se transfiere a la mujer, sea gametos o embriones, se puede concluir que los gametos son de difícil ubicación debido a que son fuerzas genéticas del individuo con potencial para producir vida. Desde un punto de vista jurídico no son cosas, porque no son susceptibles de dominación patrimonial y son res extra commercium, porque no pueden ser objeto de relaciones jurídicas. Se admite un tráfico limitado siempre que tenga finalidad terapéutica y sea gratuito.

El embrión, por su parte, tampoco es cosa y no puede ser considerado como persona, sino como un nasciturus al que debe aplicarse la normativa del concebido no nacido.

4.- La Ley española de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que fue la primera Ley europea en regular la FIVTE en forma global, presenta deficiencias de técnica jurídica y de sistematización.

Hay incoherencias entre la exposición de motivos y el texto legal. En la primera se habla de establecimiento de sanciones de carácter civil, administrativo y penal y la Ley sólo establece sanciones civiles. Además, existe en la ley un importante vacío: la falta de regulación para las distintas y complejas situaciones que pueden producirse en caso de divorcio o muerte de uno de los miembros de una pareja que ha congelado embriones.

5.- La LTRA entiende esta técnica como un método alternativo de reproducción y privilegia el derecho a la procreación de la mujer frente al derecho del hijo a nacer dentro de una familia, al permitir la fecundación de mujer sola y la fecundación *post mortem*.

6.- La LTRA entiende el acto de disposición de gametos como un contrato entre el donante y el Centro donde se realiza la entrega. En este sentido, existe una clara impropiedad de lenguaje técnico-jurídico, ya que los gametos no pueden ser considerados como cosas y, por tanto, no pueden ser objetos de un contrato o relación jurídica patrimonial. Se trata de un acto jurídico, que produce efectos desde el momento de la entrega del material genético.

7.- La LTRA establece como uno de los principios de esta Ley el anonimato del "llamado" donante, al mismo tiempo que reconoce al hijo o a su representante legal, el derecho a obtener información general del donante que no incluya su identidad. Aquí se ha privilegiado el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer la identidad de su progenitor. La Ley debió establecer un sistema que otorgara la posibilidad de conocer el nombre del progenitor al hijo si éste estuviera interesado en saberlo , al mismo tiempo que liberara al donante de toda relación jurídica con el hijo.

La LTRA solo prevé dos supuestos excepcionales en que se permite la revelación de la identidad del donante: "en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales". Pero, esta revelación carece de eficacia jurídica, pues no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación (art.8.3 LTRA).

8.- La atribución de la paternidad en la fecundación natural nace del elemento genético y de la responsabilidad en la procreación, al haber realizado el acto necesario para desencadenarla. En la fecundación asistida nace del consentimiento prestado por el marido para que se realice una FIVTE a su cónyuge o del consentimiento y reconocimiento prestado por el varón de la pareja.

El consentimiento es un acto de admisión de la paternidad y opera como un reconocimiento adelantado de ésta.

9.- La LTRA otorga al documento en el cual el varón entrega su consentimiento para que a su mujer se le practique una FIVTE, el valor de escrito indubitado a los efectos previstos en el art.49 de la LRC. Es decir, se le otorga el valor de reconocimiento expreso de paternidad respecto al hijo que nazca.

10.- La atribución de la maternidad, tanto en la fecundación natural como en la asistida, se determina por el hecho del parto. Es madre la mujer que gestó y parió a la criatura, independiente del elemento genético.

11.- La investigación de la paternidad fue establecida pensando en la fecundación natural y tiene por finalidad la protección del niño, materializable en su legítima reclamación de responsabilidad y tutela de sus padres. En la fecundación asistida con donante, el progenitor, por imperativo del sistema, queda excluido desde un principio de todos sus derechos y obligaciones, porque hay un "padre legal" que asume las responsabilidades propias de la paternidad, desde el momento que otorga su consentimiento para que a su esposa o mujer se le realice una FIVTE. Por tanto, no procede la investigación de la paternidad en la fecundación asistida.

12.- La LTRA no se refiere directamente a la investigación de la paternidad pero, en forma indirecta, no la permite, puesto que si el hijo conoce la identidad de su progenitor

no podrá establecer ninguna relación de filiación de acuerdo a lo prescrito en los arts. 5.5 y 8.3 de la LTRA.

La investigación de la maternidad no procede aunque haya donación de óvulos o de embrión porque ésta se determina por el parto, no por el elemento genético.

13.- El consentimiento otorgado por el marido o varón de la pareja no sólo constituye un elemento constitutivo de la filiación, sino que funciona como limitante de las acciones de impugnación. Quién dió su consentimiento para la realización de una FIVTE con donante, en su cónyuge o mujer, no está legitimado para impugnar la filiación del hijo que nazca. A la inversa, la falta de consentimiento legitima al marido o varón de la pareja para ejercitar la acción de impugnación.

14.- El hijo que nace producto de una fecundación asistida con donante, no está legitimado para impugnar la filiación paterna. Si eso lo permitiera la Ley, aquél quedaría sin filiación, pues no tiene derecho a que se le atribuya la del donante por estar expresamente prohibido que medie relación jurídica entre ambos (art.5.5 y 8.3 de la LTRA).

15.- La LTRA establece una incoherente acción de reclamación de la paternidad en el art.8.2. y, a la vez, señala en el art.8.3 que aunque se conozca la identidad del donante, esto no implicará determinación legal de la paternidad del mismo. Por tanto, si se entablara la acción contra el donante, no podría establecerse ninguna relación

paterno-filial entre progenitor e hijo ; la relación de filiación ya fue establecida con su "padre legal" en el momento en que éste otorgó su consentimiento para la práctica de la FIVTE ya que este consentimiento opera como reconocimiento adelantado de paternidad.

16.- En relación a la fecundación *post mortem*, ésta no debió ser permitida por la LTRA, en razón de que esta técnica debería tener como objetivo único ayudar a solucionar problemas de esterilidad de la pareja y en este tipo de fecundación ya no hay pareja, ni paciente ni esterilidad. Además, se hace primar el supuesto derecho a la procreación de la mujer sobre el irrefutable derecho del hijo a nacer en una familia con padre y madre.

17.- La atribución de la paternidad en la fecundación *post mortem* nace del consentimiento otorgado, sea por escritura pública o testamento, por el marido o varón de la pareja para que a su cónyuge o mujer se le insemine o transfiera un embrión dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento.

El consentimiento otorgado por el varón de la pareja para que a su mujer se le realice una fecundación *post mortem* sirve de título para iniciar el expediente del art. 49 de la LTRA, lo que equivale a un reconocimiento de paternidad. Pero, si hubiera oposición de parte interesada en la inscripción de la filiación no matrimonial del hijo, éste podrá entablar la acción de reclamación de paternidad, de acuerdo a los arts.9.3 de la LTRA, 129,133 y 135 del CC.

18.- La maternidad subrogada es un método alternativo de reproducción que constituye una forma de explotación de una mujer fértil, necesitada económicamente, por otra estéril pero pudiente. Esta clase de fecundación asistida no debe ser aceptada bajo ninguna condición, aunque se haga con fines altruistas, pues es denigratoria para la condición humana.

19.- La LTRA declara de modo terminante la nulidad de pleno derecho del contrato de subrogación y señala que la filiación materna "será determinada por el parto". No distingue la Ley entre los posibles supuestos respecto a la procedencia genética de los gametos o del embrión.

20.- Cuando, en la maternidad subrogada, la mujer aporta su óvulo, gesta y pare a la criatura, lo que existe es una venta de niño, revestida con una nueva denominación para hacerla aceptable socialmente y, eventualmente, para incurrir en fraude a la Ley .

21.- En el caso de que se lleve a cabo una maternidad subrogada y la madre subrogada sea casada, la criatura que nazca será hijo matrimonial de ella y de su marido (según el art.116), haya o no dado éste su consentimiento, porque el contrato de subrogación es nulo. El marido podrá entablar acción de impugnación de la paternidad, destruyendo la presunción del art.116 del CC . A su vez, el

hijo podrá entablar la acción de reclamación de paternidad respecto a su padre biológico.

Si la madre subrogada es soltera , el hijo podrá ser inscrito como no matrimonial de ella y del varón de la pareja contratante. Si la madre subrogada, después del parto, desea entregar el hijo al padre biológico, podrá la cónyuge de la pareja contratante solicitar la adopción del hijo de su consorte de acuerdo al art.176.2.2ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica la adopción.

22.- La LTRA debió haber establecido algún tipo de sanciones a los médicos, personal sanitario y establecimientos que realicen una maternidad subrogada, con el objeto de desincentivar esta clase de fecundación asistida y asegurar el cumplimiento de una ley que norma comportamientos de importancia humana fundamental..

BIBLIOGRAFIAABEL,F

"Aspectos éticos de la tecnología de la reproducción asistida" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida", edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989.

ALBACAR LOPEZ, J

"Los aspectos jurídicos de la manipulación genética: inseminación artificial", en La Ley Nº 1299, 8 de octubre de 1985.

ALBALADEJO GARCIA,M

"Curso de Derecho Civil I", "Introducción y Parte general", Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1985.

- "Curso de Derecho Civil IV", "Derecho de Familia", Librería Bosch, Barcelona, 1989.

ALPA,G

"Appunti sulla inseminazione artificiele" en Revista Critica del Diritto Civile, 1985

ANDORNO, L

"El derecho frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia argentina y latinoamericana" en Zeus, 7 de junio de 1985

ANDREWS,L

"The constitution meets the family: the right to privacy and the regulation of reproductive technology" en American Bar Association, Section of Family Law, Annual meeting compendium, 1986

ANNAS,G

"Public health and the law" en American Journal of Public Health, Vol:74 Nº 12, diciembre 1984.

ATIAS,C.

"Le contrat de substitution de mère" en Recueil Dalloz, Sirey, 27 de feberro de 1986.

BARBERA GUILLEM,E

"La manipulación o mediación científica en la reproducción humana" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana,II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

BARBERO SANTOS, M

"Fecundación asistida e ingeniería genética. Consideraciones jurídico-penales" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida". Edición de Marino Barbero, Artes gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989.

BARRI, F

"Fertilización <in vitro>", informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 357 celebrada el 6 de noviembre de 1985.

BENDERSKY, M

"La genética actual y el Derecho de Familia", en Rev. Tapia Nº37 (monográfica sobre Derecho de Familia), diciembre, 1987.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R

"La filiación inducida y las clasificaciones legales" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S. A, Madrid, 1988.

BIGGERS, J. D

"In vitro fertilization and embryo transfer in human being" en The New England Journal of Medicine Nº304/6, 1981.

BIK, C

"The development in the Council of Europe on reproduction medicine", paper submitted to the colloquium of the United Kingdom national Committee of comparative Law, Cambridge 15-17 septiembre de 1987.

BLAS PIÑAR

"Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial" en Estudios de Derecho Civil en honor del Fr. Castán Tobeñas, tomo V, Pamplona, 1969.

BOTELLA, J

"Objeciones al informe sobre inseminación artificial con semen donante, del que son autores los Drs. Calaf, Iglesias y Vanrell", presentado a la Comisión especial de Estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985

- Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 346 celebrada el 23 de octubre de 1985.

BOUDOUIN, J.L

"A canadian perspective" en Family relations in modern medicine, XII International Congress of Comparative Law, Monash University, Camberra, Australia, agosto 1986.

BROPHY, K.M

"A surrogate mother contract to bear a child" en Journal of Family Law, vol: 20, 1981-1982.

CALAF, J & IGLESIAS, X & VARELL, J

"Informe a los miembros de la Comisión del Congreso sobre inseminación artificial con donante", presentado a la Comisión especial de estudio de la FIV y la I.A humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

CAMPUZANO TOME, H

"Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988

CAMPUZANO TOME, H & CARBAJO GOSALBEZ & GONZALEZ GONZALEZ

"Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación" en Actualidad Civil Nº6, semana del 7-14 de diciembre de 1985.

CARBAJO GONZALEZ, J

"Las acciones de reclamación de la filiación", Librería Bosch, Barcelona, 1989.

- "El principio de la verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>: el anonimato del dador", en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

CARCABA FERNANDEZ, M

"Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del embrión humano) en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

CASALS COLLDECARRERA, M

"La investigación de la paternidad natural en el Derecho Civil catalán" en Revista del Instituto de Derecho Comparado, 1966.

CASTAN TOBERAS, J

"Derecho Civil español común y foral ", tomo V, Vol.29, Edit. Reus, Madrid, 1960 y 9ª edición, por GARCIA CANTERO y CASTAN VASQUEZ, Edit. Reus, Madrid, 1985

CASTAN VASQUEZ y OTROS

"Nuevas tendencias de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho", U.F.C.M, Madrid, 1986.

CENTRO DEMOCRATICO SOCIAL

"Sugerencias formuladas a determinados aspectos de la Comisión especial, realizado por la Presidencia, por los Diputados de la Comisión y sus grupos Parlamentarios" en Informe especial de Estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

CERDA GIMENO, J

"La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho", Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº1482, año XLII de 15 de febrero de 1978.

CHANG, M.C

"Fertilization of rabbit ova <in vitro>" en Nature Nº184, 1959.

CICU, A

"La filiación", traducción de F. Giménez Arnau y Santa-Cruz Teijeiro, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1930.

CLARKE, R

"Les enfants de la science", Stock, París, 1984.

CLAVERIA GOSALVEZ, L.H

"Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

COLEGIO REAL DE OBSTETRAS Y GINECOLOGOS

"Informe del Comité Ético del CROG en fertilización <in vitro> o transferencia de embriones" (Report of the RCOG Ethica Committee on in vitro fertilization and embryo replacement or transfer), Londres, marzo, 1983.

COLEMAN, P

"Surrogate motherhood: analysus of the problems and suggestions for solutions" en Tenesse Law Review 50, 1982.

COLIN y CAPITANT

"Cours elementaire de Droit Civil français", Tomo I, 11 ed. Libraire Dalloz, París, 1953.

COMITE CONSULTIVO NACIONAL DE ETICA PARA LAS CIENCIAS DE LA VIDA Y DE LA SALUD (Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la vie et de la Santé) "Informe sobre los problemas éticos nacidos de las técnicas de reproducción", París, 23 de octubre de 1984.

COMITE CONSULTIVO NACIONAL DE ETICA

"Informe sobre la investigación relativa a los embriones humanos <in vitro> y su utilización con fines médicos y científicos" (Avis de recherches sur l'embryon humains in vitro et à leur utilisation à des fins médicales et scientifiques), Actes Sud et Inserm, París, 1987,

COMITE DEL ESTADO DE SOUTH AUSTRALIA

"Informe del grupo de trabajo en fertilización <in vitro> e inseminación artificial con donante" (Report of the working party on in vitro fertilization and artificial insemination by donor), Australia, 1984.

COMITE ESTABLECIDO PARA CONSIDERAR LOS ASPECTOS SOCIALES, ETICOS Y LEGALES DE LA FIV

"Informe sobre la disposición de embriones producidos por FIV" (Report on the disposition of embryos produced by in vitro fertilization", Government Printer, Victoria, Australia, 1984.

COMITE ETICO DE LA SOCIEDAD AMERICANA DE FERTILIDAD

"Consideraciones éticas de las nuevas tecnologías reproductivas" (Ethical considerations of the new reproductive technologies), Sociedad americana de fertilidad, Birmingham, Alabama, septiembre 1986.

COMITE ETICO DE LA SOCIEDAD AMERICANA DE FERTILIDAD

"Nuevas pautas para el uso de la inseminación artificial con donante" (New guidelines for the use of semen donor insemination), Sociedad americana de fertilidad, Birmingham, Alabama, octubre 1986.

COMITE ETICO DE LA SOCIEDAD AMERICANA DE FERTILIDAD

"Consideraciones éticas de las nuevas técnicas de reproducción a la luz de la Instrucción del respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" (Ethical considerations of the new reproductive technologies in light on Instruction on the respect for human life in its origin and on dignity of procreation), Sociedad americana de fertilidad, Birmingham, Alabama, febrero 1987.

COMITE SUECO DE ESTUDIO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

"Niños concebidos por inseminación artificial" (Insemination children conceived by artificial insemination), SOU 1983:42.

COMITE SUECO DE ESTUDIO DE LA FECUNDACION <IN VITRO>

"Niños concebidos por FIV y madres portadoras", SOU 1985:5.

COMPORTI.M

"Ingenegneria genetica e Diritto: Profili costituzionalistici e civilistici", Iustitia, 1985

CONSEJO ASESOR CIENTIFICO DEL COLEGIO FEDERAL DE MEDICOS

"Directrices para la práctica de la fecundación asistida o <in vitro> y el trasplante de embriones como terapia de la esterilidad humana" en Deutches Arzteblatt N°1 (DAB), 1985.

CONSEJO DE EUROPA

"Proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de la procreación" (CAHGE), Estrasburgo, 17 de octubre de 1984.

CONSEJO DE EUROPA

Informe del Grupo de Trabajo del Comité ad-hoc de expertos para el progreso de las Ciencias biomédicas (CAHBI), 3-6 de febrero de 1987.

CONSEJO MEDICO DE INVESTIGACION

"Informe del Voluntary Licensing Authority sobre fertilización humana <in vitro> y la embriología" (Report of the Voluntary Licensing Authority for human in vitro fertilization and embryology), I Informe en 1986, II informe en 1987 y III informe en 1988.

CORNU,G

"Droit civil:la familie", ed. Montchresten, París, 1984.

CORTES GENERALES

"Informe de la Comisión especial de Estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas", aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su Sesión de 10 de abril de 1986.

CORRAL TALCIANI, H

"La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho", en Rev.de Legislación y Jurisprudencia N°265, julio 1988.

CROW,C

"The surrogate child:legal issues and implications for the future" en Journal of juvenile Law, Vol:7, 1983.

D'AGOSTINO,F

"Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della Filosofia del Diritto" en Rev. di Diritto Civile, año XXXIII, N°1, enero-febrero 1987.

DELGADO ECHEVERRIA,J

"Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida, II Congreso Mundial Vasco, editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

DEPARTAMENTO DE SALUD, ENSEÑANZA Y BENEFICIENCIA (HEW)

"Apoyo a la investigación que implica la fertilización humana <in vitro> y transferencia de embriones" (Support of research involving human in vitro fertilization and embryo transfer), Consejo Etico de los Estados Unidos, imprenta oficial del Gobierno, Washington D.C, USA, 1979.

DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL

"Informe del Comité de investigación de la fertilización humana y embriología" (Report of the Committee of Inquiry into Human fertilization and embryology), Informe presidido por Mrs. Mary Warnock, Imprenta de Su Majestad la Reina, Londres, julio de 1984.

DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL

"Fertilización humana y embriología: proyecto de legislación" (Fertilization and embryology: a Framework of legislation), Imprenta de Su Majestad la Reina, Londres, 1987.

DEXEUS, S

Informe presentado a la Comisión especial de Estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 346 celebrada el 23 de octubre de 1985.

DIAZ-AMBRONA, M.D

"Determinación de la paternidad en la llamada fecundación asistida" comunicado para el grupo Hacia un nuevo Derecho de Familia para el Congreso mundial de la F.I.D.A, mecanografiado, sin numerar, 1989.

DICKENS, B

"Legal aspects of surrogate motherhood practices and proposals", paper submitted to the colloquium of the United Kingdom National committee of comparative Lw, Cambridge 15.17 de septiembre de 1987.

DIEZ DEL CORRAL y RIVAS, J

"La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana" en Revista de Derecho privado, junio 1988.

DIEZ DEL CORRAL y RIVAS, J (en colaboración)

"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección general de los Registros y del Notariado, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento Nº3, Madrid, 15 de febrero de 1986.

DIEZ-PICAZO, L y GULLON, A

"Sistema de Derecho Civil", Vol. II "Teoría General del Contrato", Tecnos, Madrid, 1984

- "Sistema de Derecho Civil", Vol IV, "Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones", Tecnos, Madrid, 1983.

DIEZ-PICAZO, L (en colaboración)

"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección general de los Registros y del Notariado, Boletín del Ministerio de Justicia, Suplemento Nº3, Madrid, 15 de enero de 1986.

DIEZ RIPOLLES, J

"La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma", Editorial Bosch, Barcelona, 1985.

DURING

Grundgesetz Kommentar , band 1, München, 1976.

DE LA CAMARA ALVAREZ, M

"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" (dirigidos por Manuel Albaladejo), Tomo III, Vol.10, Edersa, Madrid, 1984.

DE LA FUENTE, P

"Presente y futuro de la fertilización <in vitro> y transferencia de embriones" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida", Edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989.

DE LA OLIVA SANTOS, A

"Nasciturus o moriturus (Panorama jurídico sobre la vida humana en España)" en BICAM Nº4, julio-agosto 1986.

DE LEON ARCE, A

"La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

DE LORENZO SANCHEZ, A y OTROS

"El comienzo de la vida humana y de la personalidad" en BICAM Nº4, julio-agosto 1986.

EDWARDS, R

"Maturation <in vitro> of human ovarian oocytes" en The Lancet 2, 1965.

EDWARDS, R & BAVISTER, B & STEPTOE, P

"Early etages of fertilization <in vitro> of human oocytes <in vitro>" en Nature 221, 1969.

EDWARDS, R y STEPTOE, P

"Reimplantation of a human embryo with subsequent tubal pregnancy" en The Lancet 1, 1976.

EGOZCUE, J

Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

ENGELHARDT, I

"Regulación legal de la medicina reproductiva", informe presentado al Colloquium de Derecho Comparado de Cambridge, Reino Unido, 15-17 de septiembre de 1987.

ENKELAAR, C.M y ROOD de BOER

Netherland report en Family relations in modern medicine, XII International congress of Compative Law, Monash University, Camberra (Australia), agosto, 1986.

ESER, ALBIN

"Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán" en Anuario de Derecho penal y ciencias penales, tomo XXVIII, fascículo 2, 1985.

- "¿Genética, <gen-ética>, derecho genético? Reflexiones político-jurídicas sobre la actuación de la herencia humana" en Rev. La Ley Nº1397 de 25 de feberro de 1986.

- "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida", edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989.

ESPIN CANOVAS, D

"Familia no matrimonial" en Rev. Tapia Nº39 (monográfica sobre Derecho de familia), abril 1988.

- "Evolución reciente del Derecho de Familia español. La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida" en Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº 1583, 5 de diciembre de 1990.

ESTRADA ALONSO, E

"Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español", Editorial Civitas S.A, Madrid, 1986.

EWERLOF, G

"Swedish legislation on artificial insemination" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

FERNANDEZ ORDOÑEZ, F

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria Nº110 celebrada el 15 de junio de 1981.

FERNADEZ PACHECO, M.T

"La maternidad subrogada en norteamerica: la sentencia de Baby M" en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia Nº5, año CXXXVII, mayo de 1988.

FERRANDO,G

"Procreazione artificiale: verso la regolamentazione per legge", *Politica del Diritto* Nº3, septiembre de 1986.

FOSSAR BENLLOCH,E

"Las uniones libres" en *Estudios de Derecho de familia*, tomo III, Edit. Bosch, Barcelona, 1985.

- "La constitución española de 1978 y la unión libre" en *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1982.

- "La antropología y el Derecho de la procreación humana" en *BICAM* Nº4, julio-agosto 1986.

- "Actividades concernientes a la procreación artificial humana y a las manipulaciones genéticas en los países miembros de las Comunidades europeas y en los organismos internacionales europeos durante los años 1985 y 1986 en *BICAM* Nº5, septiembre-octubre 1986.

FRIAS GARCIA,C (en colaboración)

"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", *D.G.R.N, Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento Nº 3, 15 de enero de 1986.

GAFO FERNANDEZ, J

"Nuevas técnicas de reproducción humana", *U.P.C.M, Madrid*, 1980.

GARCIA ANCOS,G (en colaboración)

"Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", *D.G.R.N, Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento Nº3, 15 de enero de 1986.

GARCIA CANTERO,G

"Incidencia de la medicina y biología moderna en el Derecho Civil español en el libro homenaje al profesor López Rodó, Vol III, *Universidad Complutense, Madrid*, 1972.

- "Familia y Constitución" en vol. "El desarrollo de la Constitución española", *Libros Pórtico, Zaragoza*, 1982.

- "Notas sobre la incidencia de las nuevas técnicas de procreación humana en el Derecho de Familia" en *Rev. Tapia* Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre 1987.

GARCIA RUBIO,M.F

"La experiencia italiana en materia de fecundación asistida: consideraciones respecto al Derecho Civil español" en *Rev. Tapia* Nº 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre 1987.

GAYA SICILIA,R

"Uniones de hecho y abusos de Derecho: un supuesto de Aragón" en Rev. Tapia Nº 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre 1987.

GAZZONI,F

"Dal concubinato alla famiglia di fatto", Edit. Giuffrè, Milán, 1983.

GIRARDON,J

"Manipolare embrioni umani" en Nuova Scienze 10, 1985.

GITRAMA GONZALEZ,M

"Notas sobre la problemática de la pareja no casada" en Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984.

GONZALEZ GONZALEZ,A

"Consideraciones respecto al Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV y la inseminación artificial humanas" en Actualidad Civil Nº41, 8 de noviembre 1987.

- Reflexiones en torno al Informe Palacios y al proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción asistida" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

GONZALEZ TREVIJANO, P.J

"Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida" en Rev. de Derecho Político Nº26, 1988.

GRANET,P

"Aspects psychologiques de l'insemination artificielle", SIMEP, Lyons, 1983.

GREENBERG,L y HIRSH,H

"Surrogate motherhood and artificial insemination: contractual implication" en Medical Trial Technique Quarterly V: 49, 1983.

GROSMAN Y MARTINEZ ALCORTA,C

"La filiación matrimonial. Su reforma según la Ley 23.264" en Rev. la Ley 1986.

HAMMOND,J

"Recovery and culture of tube mouse ova" en Nature Nº 163, 1944.

HEALTH,S

"La revolución sexual", Gedisa, Barcelona, 1984.

HERNANDEZ IBÁÑEZ, C

"Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas" en Rev. de Legislación y Jurisprudencia Nº4, tomo XCIII, octubre, 1986.

- "La atribución de la maternidad en la gestación contratada" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

- "La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida". Edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1989.

- "La Ley 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada" en Actualidad Civil Nº 48 semana de 26 de diciembre - 1 de enero de 1989.

HERRERA CAMPOS, R

"La filiación no matrimonial tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981" en Rev. de Derecho Privado, 1983, p.3

- "La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial", publicaciones de la Universidad de Granada, 1987.

HIGUERA UDIAS, G

"Aportación ética", informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

HONDIUS, F

"The Council of Europe's contribution to solving problems raised by human artificial procreation" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

HOFSCHNEIDER, P

"Posición de la Sociedad Max Planck sobre el Proyecto de Ley de Protección de Embriones de la República Federal de Alemania" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida". Ed. de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989.

HORTAL ALONSO, A

"Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro> humanas", informe presentado a la Comisión especial de estudio de la FIV e I.A humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

HUET-WEILLER, LABRUSE y VAN CAMELBEKE

"La filiation, jurisprudence française", Collection dirigée par le professeur René Rodière, Libraires Techniques, LITEC, Paris, 1981.

INSTITUTO DE LA MUJER

Opinión del Instituto de la mujer sobre la utilización, desarrollo y regulación de las diversas técnicas de gametización instrumental, informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

KAYSER, P.

"Les limites morales et juridiques de la procreation artificielle" en Recmsil Dalloz Sirey, Paris, 1987.

KEAN, N. y BRED, L.

"The surrogate mother" en Everest House, New York, 1981

LABRUSSE-RIQU, C.

"Procréation, filiation et volonté individuelle" en Droit de la filiation et progrès scientifiques, Económicas, Paris, 1982.

- "Don et utilisation de sperme et d'ovocytes. Le point de vue d'un juriste e Intervenciones", en Actes du colloque: "Génétique, procréation et Droit", Actes Sud, Paris, 1985.

- "Des motifs d'espérer, la procreation artificielle", Editions du Cerf, Paris, 1986.

LACADENA, J.R. & BARRI & VIDAL GRACIA y GAFO

"La fecundación artificial: ciencia y ética", informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

LACADENA, J.R.

"Resumen sobre consideraciones genéticas sobre la reproducción humana" y "Glosario de términos relacionados con la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial", presentados a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas" del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- "Una lectura genética de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto" en JANO vol. XXIX Nº665, 17 de noviembre de 1985.

- "Manipulación genética en la especie humana" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida", edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J

"Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes" presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- "Hijos artificiales y madres de alquiler" en Diario ABC, 6 de mayo de 1987.

- "La Constitución y los hijos artificiales" en Actualidad Civil Nº 34, semana del 14-20 septiembre de 1987.

- "La paternidad, la reforma de 1981 del Código Civil y los progresos de la biología" en Rev. Tapia Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre de 1987.

LACRUZ BERDEJO, J y SANCHO REBULLIDA, F

"Elementos del Derecho Civil", tomo IV, "Derecho de Familia", Librería Bosch, Barcelona, 1984.

LATOUR, J

"El cuerpo humano como objeto del Derecho" en Revista general de Legislación nº 158, 1955.

LIPARI, N

"La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive" en Resegna di Diritto Civile Nº3, 1986.

LOMBARDI VALLAURI, L

"Manipolazione genetica e Diritto" en Riv. Dir. Civile, 1985.

LLEDO YAGÜE, F

"Acciones de filiación", Fondo Editorial La Ley, Madrid, 1987.

- Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- "Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana" en Rev. La Ley 19 de abril de 1985.

- "La relación jurídica de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", ponencia presentada al I Congreso nacional de bioética, Valladolid, mayo 1986.

- "Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana" en Rev. La Ley 19 de abril de 1985.

- "La genética actual y el Derecho de Familia" en Rev. Tapia Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre 1987.

- "El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

- "Fecundación artificial y Derecho", Tecnos, Madrid, 1988.

MARDONES SEVILLA, E

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, Sesión Plenaria Nº134 celebrada el 20 de octubre de 1988.

MARTIN MATEO, R

"Bioética", Editorial Ariel, Barcelona, 1987.

MARTINEZ CALCERRADA, L

"La familia en la Constitución española" en Rev. de Derecho Privado, noviembre de 1981.

- "La inseminación artificial en el Derecho" en Rev. de Derecho Notarial Nº128, abril-junio 1985.

- "Derecho Médico", Vol.I "Derecho médico general y especial", Tecnos, Madrid, 1986.

- "Derecho Tecnológico. La nueva inseminación artificial (Estudio ley 22 de noviembre de 1988)", Central Artes Gráficas S.A, Madrid, 1989.

MARTINEZ VAL, J.M

"Biojurídica: realidad y horizontes" en BICAM Nº4, julio-agosto 1986.

MCLAREN, A y BIGGERS, J.D

"Successful development an birth of a mice cultivates <in vitro> as early embryos" en Nature nº182, 1958.

MERINO GUTIERREZ, A

"Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

MINISTERIO DE JUSTICIA

"Problemas civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", Resumen de las Sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento Nº3, Madrid, 15 de enero de 1986.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE ALEMANIA

"Informe de fertilización <in vitro>, análisis del genoma y terapia genética" (In vitro Fertilisation, Genomanalyse und Genetherapia), Comisión presidida por Prof. Dr. Benda, Publicación del Ministerio de Justicia, Bonn, 1985.

MINORIA CATALANA

Sugerencias formuladas a determinados aspectos del Informe especial de estudio de la fecundación <in vitro> e inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

MONTES PENADES, V

Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- "La genética actual y el Derecho de Familia" en Rev. Tapia Nº 39 (monográfica sobre Derecho de Familia), abril, 1988.

- "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

MORENO-LUQUE, C

"Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

MORETI, J.M. y DIVECHIN, O

"El desafío genético", Herder, Barcelona, 1985.

MORO ALMARAZ, M.J

"Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", tesis doctoral, Salamanca, 1986.

- "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", Librería Bosch, Barcelona, 1988.

- "Procreación, paternidad y fecundación artificial", Actualidad Civil Nº 23, semana del 6-12 de junio de 1988.

NEUMANN DUESBERG

"Die Abstammungsfeststellung Klage", N.J.W. 1950.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X

"Compendio de Derecho Civil", tomo II, "Derecho de Obligaciones", Vol. 19 "Teoría General de la Obligación, del contrato y del Acto Ilícito", Edersa, Madrid, 1987.

- "Compendio de Derecho Civil", tomo IV, "Derecho de Familia", 2ª edición, Edersa, Madrid, 1988.

OCHOA, C Y BILBAO, J

Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

OLABARRIA MUÑOZ, E

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, Sesión Plenaria Nº98 celebrada el 14 de abril de 1989.

PALACIOS, M

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, Sesión Plenaria Nº 134 celebrada el 20 de octubre de 1988.

PANTALEON PRIETO, F

"Procreación artificial y responsabilidad civil" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

- "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida" en Rev. Jueces para la Democracia, diciembre 1988.

PARTIDO NACIONALISTA VASCO (Grupo Parlamentario)

Sugerencias formuladas a determinados aspectos del Informe especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

PARTIDO POPULAR

Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida presentado ante el Tribunal Constitucional.

PELAYO DUQUE, M.D

Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión nº385 celebrada el 28 de diciembre de 1985.

PERA y BERNALDO DE QUIROS, M

"De la paternidad y la filiación" en "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia", Vol.I, Edit. Tecnos, 1984.

- (En colaboración) "Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", D.G.R.N, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento Nº3, 15 de enero de 1986.

PERALOSA LOPEZ-PIN, C

"Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humana" en BICAM Nº4, julio-agosto 1986.

PETERSEN, F

"Medicina de la reproducción: un desafío a la actitud científico-médica ante la homonización" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida". Edición de Marino Barbero. Artes Gráficas Benzal S.A, madrid, 1989.

- "Homologous <in vitro> fertilization" en "Informe de fertilización <in vitro>, análisis del genoma y terapia genética", publicación del Ministerio de Justicia de Alemania, Bonn, 1985

PINTO RUIZ, J

"De la filiación" en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigido por M. Albaladejo, Tomo XXVII, Vol 1, art.1 al 51 de la Compilación de Cataluña, Editorial rev. de Derecho Privado, Barcelona, 1981.

PORTUONDO, J.A

"La reproducción humana y su vacío jurídico" en Tribuna médica Nº1070, 22 de febrero de 1985.

POSPISHIL, L

"Biology and theology on abortion", Department of religious Studies, Riverdale, New York, 1973.

POU de AVILES, J.M

"El reconocimiento forzoso al hijo natural en el Derecho español" en rev. Jurídica de Cataluña, 1951.

QUESTIAUX, N

"Reproductive medicine in France: legal development", ponencia presentada al Coloquium de Derecho comparado de Cambridge, Reino Unido, 15-17 de septiembre de 1987.

RAMIREZ NAVALON, R.M

"Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana" en Rev. General de Derecho, diciembre 1987.

- "Reflexión sobre la Instrucción <Donum Vitae> en relación con algunos informes civiles" en Rev. española de Derecho Canónico, vol.44 Nº 123, junio-diciembre 1987.

RAYMOND, G

"La procréation artificielle et de Droit français" en Juris-classeur Périodique 1983/1.

RICO PEREZ, F

"Responsabilidad civil en la procreación humana no natural" en rev. Tapia Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre 1987.

RIVERO HERNANDEZ, F

"La presunción de la paternidad legítima", Tecnos, Madrid, 1971.

- "La filiación en el Derecho Civil especial de Cataluña" en "Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Cataluña", Tomo II, publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil catalán, Durán I. Bas, Barcelona, 1974.
- "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1986" en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-diciembre 1986.
- "La fecundación artificial *post mortem*" en Rev. Tapia Nº 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre 1987.
- "Comentario a la Resolución de la DGRN de 25 de noviembre de 1987", Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-marzo 1988.
- "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.
- "Aspectos jurídicoprivados más relevantes de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida" en Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº1517, febrero 1989.

ROBERT, J

"La biologie et le génétique face aux exigences du Droit" en Actes Sud, Arles, 1985.

ROBERTSON, J

"Procreative liberty, embryo and collaborative reproductive", ponencia presentada al Colloquium de Derecho comparado en Cambridge, Reino Unido, 15-17 septiembre 1987.

- "Embryos, families and procreative liberty: the legal structure of the new reproduction" en 59 Southern California Law Review 939, 1986

ROCA TRIAS, E

"La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional" en el vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

RODRIGUEZ CASTRO, J

"La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil" en Actualidad Civil Nº47 semana del 17-23 de diciembre de 1990.

RODRIGUEZ LURO, A y LOPEZ-MONDEJAR, M

"La fecundación <in vitro>", Ediciones Palabra, Madrid, 1986.

ROCK, J y MENKIN, M.F

"In vitro fertilization and cleavage of human ovarian eggs" en Science Nº100, 1944.

ROMEO CASABONA, C

"La protección jurídica del concebido. El feto como paciente" en Nuevo foro Penal Nº45, septiembre 1989.

RUBELLIN-DEVICHI, J

"Congélations d'embryons fécondation in vitro. Mère de substitution" presentado al Colloque "Génétique, procréation et Droit" realizado en París el 18 y 19 de enero de 1985, publicado en Actes Sud.

- "Les procréations assistées: état des questions", Revue trimestrielle du Droit Civil, julio-septiembre de 1987.

- "L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait", Revue trimestrielle du Droit Civil Nº3, 1984.

- "Jurisprudence française en matière de Droit Civil. Insemination artificielle *post mortem*" en Rev. Droit Civil, 1984.

RUBERT DE VENTOS, X

Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

RUBIO CARDIEL, J

"Contestación a las cuestiones formuladas por el Ilmo. Sr. presidente de la Comisión Parlamentaria en la Sesión de 23 de octubre de 1985", presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

RUIZ VADILLO, E

"Aspectos jurídicos de la inseminación artificial", I Simposium sobre Inseminación artificial heteróloga y bancos de conservación de semen, Cruces de Baracaldo, 1979.

- "La investigación científica y el Derecho" en Rev. General de Derecho Nº 504, septiembre de 1986.

SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE

"Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", Respuesta a algunas cuestiones de actualidad, Vaticano, 1987.

SANCHO REBULLIDA, F

"Informe sobre aspectos jurídicos de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas" presentada a la Comisión especial de estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- "Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

SANTOS RUIZ, A

"Fertilización artificial. Congelación de embriones y otros hechos" en Previsión Sanitaria Nacional Nº 18, enero-febrero 1986.

SANTOSUOSSO, F

"La fecondazione artificiale nella donna. Conseguenze della inseminazione artificiale per il Diritto Civile, penale e canonico", Dott A. Giuffrè, Milán, 1961.

- "La fecondazione artificiale umana", Dott A. Giuffrè, Milán, 1984.

SEMIZZI, C

"Relievi giuridici sull inseminazione artificiale" en Giurisprudenza italiana IV, 1984.

SERIAUX, A

"Droit naturel et procréation artificielle: quelle jurisprudence", Recueil Dalloz, 1985.

SERRA, A

"Fondamenti biologici del diritto alla vita del neoconcepito" en IUS, 1975.

SERRANO ALONSO, E

"El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A, Madrid, 1988.

- "Aspectos de la fecundación artificial" en Actualidad Civil Nº6, semana del 6-12 de febrero de 1989.

SERRANO MORENO, J.L

"Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio" en Actualidad Civil Nº29, septiembre 1987.

SERRANO RUIZ CALDERON, J.M

"Aspectos jurídicos de dos documentos sobre bioética (Postura católica e Informe Palacios. Estudio de una antítesis) en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia Nº6, junio 1987.

SILVA RUIZ, P

"La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina", 19 Rev. Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Mayo-agosto 1985.

- "Artificial reproduction techniques, fertility regulation: the challenge of contemporary family Law" en 34 The American Journal of Comparative Law, Supl. 1986.

- "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e <in vitro>" en Rev. de Derecho Privado, abril 1987 y en Rev. Tapia Nº 37 (monográfica sobre Derecho de Familia), diciembre 1987.

- "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler" en Rev. Tapia Nº 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre de 1987 y en Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº1447, febrero 1987.

- "Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente" en Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº1053, 15 de septiembre de 1988.

- "Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización <in vitro> y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos" en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A. Madrid, 1988.

- "Desarrollos recientes y tendencias del Derecho Civil para el siglo XXI en Puerto Rico", Anuario de Derecho Civil Tomo XLII, fascículo III, Ministerio de Justicia, julio-septiembre 1989.

SOUTO, J.A

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº376 celebrada el 27 de noviembre de 1985.

STOYANOVITCH, K

"La légitimité des enfants nés par suite de l'insemination artificielle en France et aux Etats-Unis d'Amérique" en Rev. Intern. Droit Comparé, 1956.

STORCH DE GRACIA Y ASENCIO, G

"Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido" en La Ley Nº1726, 5 de junio de 1987.

STUMPF, A

"Redefining Mother: a Legal Matrix for new Reproductive Technologies" en The Yale Law Journal, vol:96, 1986.

SVERNE, T

"Los progresos de la biotecnología y el Derecho" en "Evoluciones de la Familia", Rev. Internacional de Ciencias Sociales, UNESCO, diciembre 1990.

TABOADA, L

"La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fecundación <in vitro>" , Icaria Editorial S.A, Barcelona, 1984.

TERAN, J

"Aspectos éticos de la fecundación <in vitro> y de la inseminación artificial humanas", Simposium de Avances en el diagnóstico y tratamiento de fertilidad humana". Sociedad española de fertilidad, Pamplona 5-6 de junio de 1986.

TRABUCCHI, A

"La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità" en Riv. Dir. Civile, 1982.

- "Famiglia e Diritto nell'orizzonte degli anni '80" en Riv. Dir. Civ. 1986/2.

- "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", comunicación al Congreso de Verona, octubre 1986 en "Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana", Padova, 1987.

USANDIZAGA, J

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº346 celebrada el 23 de octubre de 1985.

- Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> e inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- "Los problemas de la esterilidad conyugal humana y su solución con la fecundación <in vitro>" en vol. "Ingeniería genética y reproducción asistida", ed. Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A, Madrid, 1989.

VERCELLONE, P

"La fecondazione artificiale" en Politica del Diritto XVII, Nº3, septiembre 1986.

VIDAL GARCIA, M

"Fecundación artificial y ética ¿como formar un juicio ético con validez científica?" informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación <in vitro> y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

- (en colaboración) "Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación <in vitro>", D.G.R.N, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento Nº3, 14 de enero de 1986

- Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 376 de 26 de noviembre de 1985.

- "Bioética. Estudios de una Bioética Recional", Tecnos, Madrid, 1989.

VIDAL MARTINEZ, J

"El hijo legítimo. Su concepto y determinación en el Código Civil español", Montecorvo, Madrid, 1974.

- "La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos" en La Ley 1986.

- "La relación no matrimonial en el Derecho español", Rev. Tapia NQ36 (monográfica sobre Derecho de Familia), octubre 1987.

- "Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: introducción y panorama general" en Rev. General de Derecho NQ504, 1986.

- "Las nuevas formas de reproducción humana", Cuaderno Civitas S.A, Madrid, 1988.

VILA CORO, M.D

"Aspectos jurídicos de la fertilización <in vitro>" en BICAM 1/1985.

- "El comienzo de la vida humana" en Rev. General de Derecho NQ528, septiembre 1988.

- "Nuevas tendencias del Derecho de Familia" en Rev. General de Derecho NQ543, diciembre 1989.

- "El concebido no nacido en el orden jurídico", tesis Doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 1990

WALLER, L

"Creating children: a uniform approach to the law and practice of reproductive technology in Australia", Family Law Council, A.G.P.S, Camberra, 1985.

- Relaciones familiares y medicina moderna, XII Congreso de la Academia de Derecho Comparado, Monash University, Melbourne, Australia, 25 de agosto de 1985.

WALLIS, C

"Los nuevos orígenes de la vida" en Rev. Time, 10 de septiembre de 1984.

WHITTEN, W

"Culture of tubal ova" en Nature 179, 1957.

WILLIAMS, J

"Differential treatment of men and women by artificial reproduction statutes" en Tulsa Law Journal Vol:21:463, 1986.

YZQUIERDO TOLSADA, M

"Las nuevas formas de reproducción humana: aspectos jurídicos" en Rev. JANO NQ723, 1986.

ZANONI, E

"Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

- "La genética actual y el Derecho de Familia" en Rev. Tapia Nº37 (monográfica sobre Derecho de Familia), diciembre 1987.

ZARRALUQUI, L

"La inseminación artificial heteróloga y la filiación" en BICAM, julio-agosto 1986.

- "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos" en Rev. General de Derecho Nº501, junio 1986.

- "Procreación asistida y Derechos fundamentales", Tecnos, Madrid, 1988.

INDICE

	Página
Sumario	1
Abreviaturas	3
Glosario	4
INTRODUCCION	
Planteamiento	8
Concepto de fecundación <in vitro>	12
Evolución de la fecundación <in vitro>	14
Descripción de la técnica	18
Significado de la fecundación <in vitro>	20
Informes y proposiciones de Ley sobre FIV	28
a) Francia	28
b) Suecia	31
c) Consejo de Europa	35
d) Reino Unido	46
e) Alemania	53
f) España	57
g) Principales informes elaborados sobre la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida	58
Notas	63
CAPITULO PRIMERO	
Antecedentes de la tramitación de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida	
1.- Formación de la Comisión	71
2.- Iter Parlamentario	75
3.- Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados y las enmiendas propuestas por los distintos grupos políticos referentes a la filiación	80
4.- Tramitación en el Senado	109
5.- Cronología de la tramitación de la Ley	115
6.- Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida	117
Notas	126
CAPITULO SEGUNDO	
Usuarías de las técnicas	
1.- FIV ¿procedimiento terapéutico o medio alternativo de reproducción?	133
2.- Derecho a la procreación	143
3.- Usuarías de las técnicas	152
3.1 Significado del concepto de familia	153
3.2 Relación de pareja ¿basada en el matrimonio o en la pareja estable?	159
3.3 Mujer sola	178
Notas	190

CAPITULO TERCERO

El "llamado" donante

1.- Ideas generales	202
2.- Naturaleza jurídica de lo donado	207
3.- Características del acto de disposición	222
4.- Anonimato del "llamado" donante y el derecho del nacido por estas técnicas a conocer su origen genético e identidad de su progenitor	235
Notas	252

CAPITULO CUARTO

La filiación de los hijos nacidos por estas técnicas

1.- Ideas generales	263
2.- Determinación de la paternidad y maternidad	
a) Determinación de la paternidad	273
b) Determinación de la maternidad	284
3.- Filiación de los hijos nacidos por FIVTE	
3.1 FIVTE con gametos proveniente de la pareja	291
3.2 FIVTE con donante de gametos	301
3.3 FIVTE con gametos del marido o varón de la pareja y donación de óvulos	311
3.4 FIVTE con donación de embrión	314
4.- Límites del principio de la verdad biológica en la determinación de la filiación cuando el nacimiento se ha producido por FIVTE	317
5.- Acciones de filiación	327
a) El consentimiento como limitante de las acciones de filiación	328
b) Acción de impugnación	331
c) Acción de reclamación	343
6.- Efectos jurídicos de la filiación	345
Notas	347

CAPITULO QUINTO

La fecundación *post mortem*

1.- Concepto	358
2.- Permisividad o rechazo de la fecundación <i>post</i> <i>mortem</i>	362
3.- Reclamación del semen o de los embriones depositados	373
4.- Filiación de los hijos nacidos por fecundación <i>post mortem</i>	379
a) Filiación matrimonial	380
b) Filiación no matrimonial	384
c) Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida	385
d) Efectos de la filiación <i>post mortem</i>	393
Notas	398

CAPITULO SEXTO

La maternidad subrogada

1.- Ideas generales	404
2.- Definición	412
3.- Naturaleza jurídica del contrato de subrogación	417
4.- Criterios respecto a la permisividad o prohibición del contrato de maternidad subrogada	423
5.- Filiación de los hijos nacidos por maternidad subrogada	441
Notas	457

Conclusiones	467
--------------	-----

Bibliografía	476
--------------	-----